DR. FRANCO MASPOLI

LE SUCCESSIONI
E IL
TRATTATO ITALO-SVIZZERO
DEL 22 LUGLIO 1868

(STUDIO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)

TESI DI LAUREA

Tipografia MARAZZI Mendrisio
1934

DR. FRANCO MASPOLI

MENDRISIO

LE SUCCESSIONI
E IL
TRATTATO ITALO-SVIZZERO
DEL 22 LUGLIO 1868

(STUDIO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)

DISSERTAZIONE DI LAUREA
PRESENTATA ALLA FACOLTÀ GIURIDICA DELLA
UNIVERSITÀ DI BERNA
PER IL CONSEGUIMENTO DEL DOTTORATO IN LEGGE

(RELATORE: PROF. DR. PETER TUOR)

Tipografia MARAZZI Mendrisio
1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A MIO PADRE E A MIA MADRE
DEDICO
QUESTO MIO PRIMO LAVORO
SEGNO MODESTO
DI RICONOSCENZA INFINITA

TITOLO I

Le successioni nella storia del diritto internazionale privato

Cap. 1 — In genere.

Il diritto internazionale privato ha per oggetto di risolvere — nell'ambito naturalmente del diritto privato — i conflitti di legislazione e di giurisdizione esistenti in un dato paese, fra due o più Stati indipendenti; esso compendia, in altre parole, le norme che determinano, allorquando più leggi e più tribunali di diversi Stati autonomi si trovino, relativamente a rapporti di diritto privato, in conflitto od in concorso, quale sia la legge applicabile e quale il foro competente (1).

Perchè si possa parlare di diritto internazionale privato nel senso vero della parola è quindi assolutamente necessaria l'esistenza di più Stati sovrani ed il riconoscimento da parte di ciascuno di essi dell'uguaglianza degli altri in suo confronto. Quest'ultima premessa in modo speciale ci permette di comprendere facilmente l'origine relativamente moderna del diritto internazionale privato.

---

(1) Cfr. *E. Bartin* - Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises - 1930, pag. 69, § 33.

Infatti tanto la Grecia quanto Roma e così pure le numerose nazioni che le precedettero in grembo alla storia basavansi, salvo qualche raro temperamento di scarsa importanza, sul principio restrittivo dell'esclusione del diritto straniero. E se già Alessandro Magno proclamava, in un editto immortale, che gli uomini onesti dovevano essere riconosciuti come fratelli e che solo i criminali erano da considerarsi come stranieri, se Cicerone affermava l'esistenza di una « *communis humani generis societas* », essi commettevano semplicemente un anacronismo glorioso, perchè ambedue le loro legislazioni erano ben lungi dall'ammettere un così nobile principio.

Lo stesso valga per i popoli germanici all'epoca delle loro funeste calate nell'impero di Roma. Essi permisero. è vero, la convivenza nello stesso Stato di due diritti diversi e tollerarono che i loro sudditi d'origine romana usufruissero del loro antico diritto. Ma sarebbe errato ritenere che questo fatto non fosse altro che l'applicazione di una norma del diritto moderno che porta ad applicare agli stranieri, per certi rapporti giuridici, la loro legge nazionale; perchè *i vari individui di razza diversa che convivevano sul medesimo territorio erano tutti sottoposti alla stessa autorità sovrana e le diverse leggi che ivi ricevevano applicazione erano non leggi straniere, ma leggi vigenti contemporaneamente sul territorio stesso per volontà e col consenso dell'autorità territoriale* (1).

È innegabile pertanto che questo sistema della personalità delle leggi, il cui criterio direttivo era quello di applicare, nel regolamento di rapporti giuridici fra individui appartenenti a schiatte diverse, la legge della persona che era al centro di detti rapporti, presentava dei conflitti analoghi a quelli del diritto internazionale privato moderno. È così che nelle successioni, tanto in quelle « *ab intestato* » che in quelle testamentarie, tutto s'incentrava nella persona del defunto e

---

(1) *Giulio Diena* - Principi di diritto internazionale - II Ed., Vol. II, pag. 1, § 95.

la legge di questo era ritenuta regolatrice a preferenza delle leggi di qualunque altra persona interessata nella successione.

Ma appena le diverse razze, in seguito alla continua vicinanza ed ai contatti inevitabili da essa derivanti si furono completamente fuse fra di loro, la legge dovette cessare per forza di essere personale e divenire territoriale, vale a dire applicabile a tutti gli abitanti in un dato territorio. Questo sistema era per di più il solo che potesse venir tollerato dal feudalismo dell'epoca, per sua natura favorevole alla più assoluta e completa territorialità: le leggi o, secondo un termine allora comune, i costumi, come del resto l'autorità del signorotto sulla quale basavansi, non varcavano i confini della signoria. La persona aveva perso ogni e qualsiasi importanza, l'uomo era divenuto l'uomo della terra, era dunque la legge di quest'ultima che s'imponeva alla persona o, come diceva la locuzione latina allora comune, « *bona personam non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt* ».

Donde derivava per ciò che riguarda le devoluzioni ereditarie:

1) che la successione, anzichè essere retta da una legge unica, era regolata parzialmente da tante leggi quanti erano i territori su cui giacevano i beni che la componevano o, secondo la massima, *tot hereditates, quot territoria;*

2) che in seguito allo spirito d'isolamento e di sfiducia, caratteristici nell'epoca feudale, le successioni degli stranieri venivano sottoposte regolarmente al diritto d'albinaggio o perlomeno a quello di detrazione.

Quest'ultimo non era altro che un'imposta, quasi sempre ingente, prelevata sul valore delle successioni relitte dagli stranieri. Il diritto d'albinaggio invece consisteva nella prerogativa in virtù della quale il signore o re raccoglieva l'eredità dello straniero non naturalizzato morto sul suo territorio. Si trattava insomma di una limitazione, talvolta anzi d'una vera e propria negazione del diritto di succedere in rapporto agli stranieri. Ma, pur ammesso che tali misure vessatorie s'inquadrassero a pennello nel clima storico dell'epoca feudale,

sarebbe grave errore supporre ch'esse costituissero una particolarità esclusiva del sistema della territorialità delle leggi. La storia si è incaricata di dimostrarlo. Infatti sono molte le legislazioni — anche di epoche più progredite ed assai vicine a noi — che conobbero o contengono tuttora dei temperamenti della capacità di succedere degli stranieri. E mentre a prima vista parrebbe che il riconoscimento della capacità di succedere per gli stranieri fosse la premessa logica, la « *conditio sine qua non* » per lo sviluppo del diritto internazionale, bisogna, dopo un attento esame delle risultanze storiche, convincersi che così non avvenne (1).

Mentre il principio della territorialità assoluta dominava indisturbato sulle terre di Francia, dall'altra parte delle Alpi cominciava a germogliare, per merito di certi postglossatori e principalmente di Bartolo di Sassoferrato, quella che fu chiamata più tardi, con un abuso di definizione, la teoria degli Statuti.

Già fin dagli albori dell'undicesimo secolo eran sorte nell'Italia settentrionale ed andavano vieppiù fiorendo le cosidette città libere. Autonome dal punto di vista politico, fatta eccezione della sovranità delle une sulle altre e di quella dell'imperatore su tutte, le città lombarde lo erano ugualmente nell'ambito del diritto. E se erano rette dal diritto comune della Lombardia, vale a dire dal diritto romano, avevano inoltre le proprie leggi municipali o, come usavasi allora, i propri statuti. Esse possedevano pure un gusto spiccato ed una predilezione speciale per il commercio, fonte indiscutibile della loro non comune ricchezza e della loro potenza.

La diversità delle leggi da una parte ed il bisogno di maggiori contatti imposti dal commercio dall'altra, dovevano generare, come generarono infatti, conflitti interni fra gli statuti locali e fra essi e il diritto romano, legislazione applicabile a tutta l'Italia settentrionale. Compito dei giureconsulti

(1) Il Digesto Italiano - Vol. XXII, parte IV — Voce: Successione (Diritto Internazionale) § 1, pag. 774.

di quell'epoca era dunque di fissare il limite del dominio degli statuti municipali nei loro rapporti col diritto romano ed, in via di conseguenza, il loro rapporto interno. Una simile impostazione del problema ci spiega come mai essi preferirono, invece di percorrere vie proprie, prendere le mosse dal diritto romano; essa ci fa inoltre comprendere la ragione per cui non tentarono neppure di giustificare le loro decisioni con delle considerazioni razionali, ma si limitarono semplicemente a cercarle, coll'aiuto di analogie più o meno lontane, nelle Digesta e nel Codice Giustinianeo. Il che non impedì, per fortuna, che molte delle loro soluzioni fossero giuste o almeno sostenibili. Gli è che quando pensavano di riprodurre e di estendere le dottrine dei giureconsulti romani esprimevano in realtà idee proprie. Senza dirlo, forse nemmeno senza pensarlo, essi obbedivano ai principi di giustizia emanati dal diritto romano e li applicavano ai bisogni dei loro tempi. Noi opiniamo quindi che l'errore abbia avuto questa volta un benefico effetto: appoggiandosi sull'autorità degli antichi, essi proposero per risolvere i conflitti di legge delle regole che, se avessero sapute completamente nuove e senza radice nel diritto romano, non avrebbero avuto l'ardimento di formulare mai (1).

Rimandiamo, per quanto concerne la teoria statutaria, alla copiosa letteratura esistente, limitandoci a riassumere i precetti relativi al nostro argomento.

Quanto alle successioni testamentarie valevano per consenso quasi unanime le regole che per la forma del testamento è decisiva la legge del paese dove questi è stato redatto *(lex loci, locus regit actum)* quanto alla sostanza il testamento, essendo l'espressione di una volontà unilaterale, poteva produrre il suo effetto in qualsiasi paese.

Di fronte a questa opinione quasi concorde, stanno le molteplici soluzioni nei conflitti di leggi in materia di successioni « *ab intestato* ». Ci limitiamo a citarne le tre principali.

---

(1) A. *Lainé*. Introduction au droit international privé. Vol. I, pag. 111.

La prima che si ispira all'autorità di Baldo ed è seguita dalla corrente francese quasi unanime, prescrive, almeno per gli immobili della successione, l'applicazione della « *lex rei sitae* », provocando così, qualora questi si trovassero ripartiti su territori diversi, il frazionamento della successione in più successioni distinte.

La seconda è quella ormai famosa di Bartolo che può venire sintetizzata come segue: gli statuti successorali si dividono in personali e reali. Da questa distinzione dipende la soluzione dei conflitti di leggi in questa materia: i primi sono retti dalla legge nazionale del « *decujus* », mentre gli altri seguono quella del luogo della situazione. Tanto la personalità quanto la territorialità degli statuti si deducono dai loro stessi termini e Bartolo aggiunge, a titolo d'esempio, che uno statuto concepito nella forma « *Bona decedentium veniant in primogenitum* » deve considerarsi come disposizione relativa alle cose e quindi d'efficacia territoriale, concepita nell'altra « *primogenitus succedat* » considerarsi come disposizione relativa alle persone e quindi d'effetto extra territoriale. Esempio veramente infelice, che travió più d'uno degli antichi legisti e li condusse ad affermare, contrariamente all'opinione dello stesso autore, che fosse decisiva, per accettare il carattere reale o personale dello statuto, la giacitura o la costruzione sintattica delle parole.

La terza soluzione, originale ed importante, perchè riuscì ad avere una certa applicazione pratica, è quella che fa capo a Bartolomeo di Saliceto. Proclamando il carattere personale di qualsiasi statuto successorale, essa prescrive l'universalità della successione e la prevalenza della legge d'origine come indicata dalla tacita volontà del defunto, fatta però qualche eccezione in favore della legge del domicilio combinata con quella della situazione dei beni.

Malgrado le diverse conclusioni della teoria degli statuti, le leggi successorie non cessarono di venir considerate anche in seguito come statuti reali. Era questa, come abbiamo visto, una conseguenza dell'organizzazione feudale che sopravisse

alla feudalità stessa, specie per merito di Bertrando d'Argentré, convinto federalista e strenuo difensore della territorialità assoluta dei costumi.

Quanto dunque agli immobili la successione era retta dalla legge del luogo dove essi erano situati, quanto ai mobili dalla legge del domicilio del defunto dove i mobili stessi si figuravano localizzati. Ma le numerose complicazioni che questo frazionamento traeva inesorabilmente seco, specie per quanto riguarda la contribuzione degli eredi al pagamento dei debiti della successione, dovevano vieppiù alimentare l'idea, che il Bullenois propose unicamente come mezzo per ovviare ai pratici inconvenienti, di sottoporre la successione ad una legge unica, quella del domicilio del defunto.

Alla vigilia della grande codificazione napoleonica, la situazione era pressochè la seguente. Da una parte una dottrina unanimemente professata come tradizionale ed indiscutibile, dall'altra il sentimento intimo che questa dottrina è piuttosto un pregiudizio che non la verità. E se anche tutti proclamano a gara che le leggi successorie sono reali, se molti ne fanno persino la legge reale tipo, ciò non toglie che questa regola ha perduto la sua ragione d'essere, ch'essa subisce numerosi scacchi dovuti alla risurezione ed all'opposizione d'un'idea del tutto contraria, che la sua soppressione infine vien desiderata come un beneficio.

Ciò nonostante, il Codice civile francese (art. 3) non ardì stipulare, malgrado qualche titubanza che potrebbe nascere a prima vista, l'elevamento della legge personale a diritto comune. Per ciò che riguarda le successioni poi, la giurisprudenza francese ha costantemente ammesso la divisione fra beni mobili e immobili ed ha consacrato la regola che la ripartizione di questi ultimi, situati in Francia, debba procedere secondo i dettami della legge francese anche nel caso in cui gli eredi fossero degli stranieri o che altri beni fossero situati in un altro paese.

Un'unica sentenza, quella pronunciata il 28 agosto 1872 dal tribunale di Hâvre, è in aperto contrasto col nostro as-

serto e proclama il principio della nazionalità per tutta la successione. Ma il suo carattere di eccezione è inconfutabile: essa può essere qualificata come il germe di un movimento liberale, non però conforme allo spirito dell'articolo.

Nè i tribunali francesi si sono limitati a dichiarare la applicabilità delle loro leggi ai beni immobili situati sul loro territorio, essi hanno inoltre asserito che le petizioni relative ai beni immobili situati in Francia ed appartenenti ad uno straniero morto fuori del territorio francese debbono essere portate davanti al tribunale della *lex rei sitae* e non davanti a quello dell'apertura della successione.

Per i beni mobili invece la situazione è ben diversa e può affacciarsi sotto un doppio aspetto. Infatti se noi li prospettiamo come accessori dell'eredità e quindi come statuti reali, ma, per evitare le complicazioni che dovessero sorgere dalla loro dispersione sui diversi territori e dalla facilità con la quale possono venir trasferiti da un luogo all'altro, li reputiamo come fittivamente situati all'ultimo domicilio del defunto: spetterà alla legge di questo il disciplinarli.

Se invece noi li consideriamo come accessori della persona, con essa intimamente cresciuti e strettamente legati, siamo allora costretti a sottoporli agli statuti che governano la persona stessa, vale a dire alla sua legge nazionale.

Il codice napoleonico e la giurisprudenza francese si attengono, con molta probabilità, alla prima soluzione. Una affermazione categorica e senza riserve non è però possibile, perchè non si deve tacere che in tutti i casi verificatisi il domicilio coincide colla nazionalità, di modo che non è facile assicurare con certezza qual sia realmente lo spirito informativo delle sentenze in questione.

La teoria della legislazione francese venne seguita quasi unanimemente dai giureconsulti di tutti i paesi.

Anche le diverse codificazioni italiane della prima metà del secolo scorso subirono l'influenza del codice napoleonico. Onde se si considerano certe limitazioni della capacità degli

stranieri riguardo al diritto successorio (1) e il regolamento di questo in base al rigoroso principio della territorialità in esse contenute alla luce della teoria degli statuti o dell'ostilità che ad esempio il diritto d'albinaggio ha sempre incontrato presso tutti i popoli italici, non si avrà difficoltà ad avvertire un innegabile regresso nel campo del diritto internazionale.

Per fortuna però un simile stato di cose non doveva protrarsi troppo a lungo. Già il Savigny, nel suo « Sistema di diritto romano odierno » aveva suggerito, per la soluzione dei conflitti internazionali in materia di diritto successorio, i seguenti criteri informativi:

1) il diritto ereditario che regola il passaggio di un patrimonio dalla persona del proprietario decesso in quella degli eredi non è altro che l'ampliamento artificiale del potere e della volontà di un uomo al di là dei confini della vita, volontà che può essere espressa (testamento) oppure tacita (successione *ab intestato*). Donde deriva che il diritto ereditario è congiunto direttamente alla persona del *decujus* e vien regolato in generale dal diritto dell'ultimo domicilio dello stesso.

2) il patrimonio nel suo assieme è un oggetto ideale, di contenuto indeterminato, probabilmente formato da proprietà ed altri diritti sui singoli beni, da crediti e debiti. È questo il principio dell'unità della successione: l'eredità non viene più spezzettata o sminuzzata a seconda della configurazione e della situazione dei beni, ma vien considerata come una « *universitas* », un'unità ideale.

---

(1) Il codice civile sardo del 20 giugno 1837 subordinò il godimento del diritto di succedere degli stranieri nonchè la capacità di disporre per testamento dei beni situati nel regno al principio della reciprocità. Disposizioni analoghe contenevano inoltre: il codice delle Due Sicilie del 26 marzo 1819, il codice del ducato di Parma, Piacenza e Guastalla del 23 marzo 1820, il regolamento legislativo per gli Stati Pontifici promulgato il 10 novembre 1834 con motuproprio di Papa Gregorio XVI, la legge 18 agosto 1814 in vigore nel granducato di Toscana e l'editto successorio del 22 novembre 1818 di Maria Luisa di Borbone per il ducato di Lucca.

Cfr. Il Digesto Italiano - voce cit., pag. 780 ss., § 7.

Più tardi la cosidetta scuola italiana, fondata da Stanislao Mancini, sostituiva al concetto del domicilio quello più ragionevole dell'appartenenza alla nazione ossia della sudditanza politica determinata dalla cittadinanza.

Preceduto ed inspirato da un così imponente movimento dottrinale, il codice civile del regno d'Italia, primo fra tutti i codici del mondo, osava sancire in materia di successioni delle norme informate alla massima liberalità e giustizia.

Fu così che venne in primo luogo abolito ogni residuo del diritto d'albinaggio e venne riconosciuta, senza restrinzione di sorta, la piena uguaglianza degli stranieri coi nazionali nell'esercizio dei diritti civili. E fu così ancora che al concetto della pluralità delle successioni venne sostituito l'altro scientificamente e praticamente migliore dell'universalità della successione, regolata da un'unica legge, quella dello Stato a cui il defunto apparteneva (art. 8 tit. prel. C. C. I.).

Tanta larghezza in confronto degli stranieri e la mancanza della condizione di reciprocità imposero al Governo italiano il dovere di assicurare ai propri cittadini all'estero lo stesso trattamento che gli stranieri godono in Italia, donde i moltissimi trattati conchiusi colle altre potenze, nei quali viene esplicitamente riconosciuta l'uguaglianza degli stranieri coi cittadini per quanto concerne la capacità di trasmettere e di ricevere successioni e, non ultimo fra questi, il trattato consolare e di domicilio colla Svizzera di cui ci occuperemo dettagliatamente in seguito.

Cap. 2 — In Isvizzera.

Il patto federale del 1815 aveva lasciato sussistere integralmente nel campo del diritto civile l'autonomia cantonale. Ogni Cantone trovavasi dunque, per ciò che concerne le successioni, come un vero e proprio Stato, completamente indipendente dalla Dieta e dagli altri Cantoni. Esso poteva regolarne l'andamento come meglio gli piaceva, aveva la facoltà di sottoporle tanto alla legge del luogo d'origine, quanto a quella del domicilio o della situazione a seconda del suo libero arbitrio. È ovvio che un ordinamento simile desse adito a numerosi conflitti fra le legislazioni dei diversi Cantoni. Donde deriva che di fianco al diritto internazionale propriamente detto, un altro diritto, a lui per similitudine strettamente legato, era venuto a sorgere: il diritto intercantonale. D'ambedue ci occuperemo separatamente in seguito.

I. - Diritto intercantonale.

Abbiamo visto come in seguito alla vasta autonomia dei Cantoni numerosi conflitti potessero sorgere fra le loro legislazioni, conflitti nei quali il potere centrale non poteva assolutamente intervenire, come non poteva in modo alcuno intraprendere l'unificazione del diritto. Se un simile stato di cose è già deplorevole nei rapporti veramente internazionali, a maggior ragione doveva esserlo nei rapporti intercantonali, dove la facilità di spostamento ed il territorio limitato si prestavano troppo facilmente alla creazione di detti conflitti. Per evitare i quali non restava altra risorsa all'infuori delle convenzioni libere conchiuse fra i diversi Cantoni sovrani. Va senza dirlo che simili convenzioni obbligavano esclusivamente i contraenti ed anche questi solo nel limite degli oggetti da esse prescritti.

A tali espedienti ricorsero presto molti dei nostri Cantoni e nacquero così quei trattati intercantonali noti sotto il

nome di Concordati. Noi ci limiteremo, per obbligo di brevità, a citare esclusivamente quello interessante il nostro oggetto, vale a dire il « *concordato* » *concernente la facoltà di testare ed i diritti d'eredità del 15 luglio 1822,* rimasto in vigore fino al 1891. Infatti, su decisione del Tribunale Federale, esso restava applicabile anche dopo l'entrata in vigore della costituzione, malgrado l'art. 59 di quest'ultima e l'art. 2 delle disposizioni transitorie. Anche gli art. 4 e 60 che avevano avuto la forza di annullare il concordato del 24 luglio 1826 stabilente il principio di reciprocità nei casi di successioni aperte in un Cantone a profitto dei sudditi di un altro Cantone, non ebbero su di esso effetto alcuno.

Nel 1884 vi avevano aderito ben 12 Cantoni: Zurigo, Berna, Lucerna, Uri, Svitto, Unterwalden, (Ob e Nidwalden), Zugo, Soletta, Sciaffusa, Appenzello interno, Argovia e Ticino.

A quest'epoca la situazione era press'a poco la seguente:

a) *Fra Cantoni concordatari.* Vien applicata di massima, la legge del luogo d'origine del defunto. Questa legge vale per le successioni *ab intestato*, di qualunque natura siano i beni che la compongono ed in qualunque luogo essi si trovino. Perchè è opinione generale che il diritto di successione debba venir considerato come il trapasso della personalità giuridica del *decujus* all'erede e sia quindi dipendente dal diritto personale del defunto. Quanto è stato detto per la legge vale anche in confronto del foro. All'autorità del domicilio ed alla sua legge vien conservata la competenza quanto alle misure conservative, come l'apposizione dei sigilli e l'erezione dell'inventario. Alla *lex rei sitae* vien fatta una piccola concessione nel caso che gli immobili venissero sottoposti a gravami da essa dichiarati illeciti.

La legge del Cantone d'origine è inoltre applicabile alle successioni testamentarie che vengono considerate come una modifica, subordinata alle successioni intestate. Questo naturalmente solo per ciò che riguarda la sostanza del testamento. Quanto alla forma vale invece la regola: *locus regit actum.*

Il concordato non parla dei contratti successori. Malgrado il suo silenzio, noi reputiamo ch'essi debbono venir trattati alla stessa stregua e questo in seguito alla loro affinità sia coi testamenti, sia coi contratti matrimoniali, regolati ambedue dal concordato stesso.

L'origine e il domicilio degli eredi sono completamente trascurati. Il loro diritto personale ha solamente importanza in quanto è competente per fissare la loro capacità giuridica.

I Cantoni di questo gruppo applicano la « *lex originis* » anche all'interno e se ne capisce facilmente il motivo: la legge d'origine deve venire a maggior ragione applicata, perchè la aderenza della persona col suo diritto è in questo caso ancora più ovvia ed appariscente (1).

b) *Fra Cantoni non concordatari.* Qui vige il principio della autonomia dei diversi Cantoni, temperata però dagli art. 4 e 60 della Costituzione Federale. In altri termini rimane la sovranità nella scelta del principio (legge del luogo di origine, del domicilio oppure della situazione). Una volta scelto questo però, esso deve valere in confronto di tutti i confederati, a qualunque Cantone essi appartengono. Roguin ce ne dà un esempio. « *Il Cantone di Vaud* — egli scrive — *non avrebbe il diritto di sottomettere l'eredità dei ginevrini alla legge vodese, ammettendo nello stesso tempo l'applicazione della legge neocastellana a quelle dei cittadini di Neuchâtel. Ma il legislatore vodese può perfettamente, senza fare eccezioni, far reggere dalla legge del Cantone d'origine le successioni dei ginevrini, neocastellani, ecc.* » (1).

Sebbene la giurisprudenza federale lascia trapelare la tendenza di sottomettere, in confronto di questi Cantoni, la successione, mobili ed immobili, alla legge della situazione, non bisogna dimenticare che una simile intromissione è contraria al diritto, non potendo l'autorità federale imporre ai Cantoni alcuna legge in questo campo.

---

(1) *Von Wyss* - Kollision verschiedener Privatrechte nach schweizerischen Rechtsansichten.

Zeitschrift für schweizerisches Recht II, pag 48 e seg.

La gran parte dei Cantoni confederati appartenenti a questo gruppo applica il principio della competenza della legge del domicilio. Così Turgovia, Ginevra e probabilmente anche Vaud, se è lecita una « *deductio e contrario* » dal suo ostinato rifiuto alla ripetuta proposta di aderire al concordato.

c) *Fra Cantoni concordatari e Cantoni non concordatari.* Vale analogamente quanto abbiamo riferito sul gruppo precedente. Così non solo i Cantoni autonomi possono trattare le successioni dei sudditi di un Cantone concordatario come meglio credono (naturalmente valgono le restrizioni degli art. 4 e 60 della C. F.), ma anche i Cantoni concordatari — e questo malgrado i citati articoli — conservano piena libertà in materia di successioni verso i cittadini d'un Cantone non concordatario.

In un primo tempo i Cantoni concordatari si dividevano in due categorie: quelli che anche nei rapporti con Cantoni estranei al concordato s'ispiravano ai principi di quest'ultimo ed affermavano la competenza del diritto e del foro del Cantone d'origine e quelli che invece si attenevano ad altri principi generalmente instabili, come la dottrina stessa dalla quale traevano la loro linfa vitale. A questa seconda categoria appartenevano Berna, Lucerna, Argovia e Soletta. Ma col tempo, quando il commercio e l'industria dei forestieri crebbero sensibilmente di proporzione, tutti indistintamente sentirono la necessità di orientarsi verso uno Stato a carattere territoriale: fu così che il principio della legge del domicilio andò acquistando terreno ogni giorno più e l'applicazione della *lex originis* venne lasciata cadere ovunque non l'imponessero un'esistente reciprocità o l'esplicito volere del concordato (1).

II. Diritto internazionale.

Esaminati i rapporti vigenti fra i diversi Cantoni, passiamo ad accennare brevemente alle successioni nel diritto internazionale svizzero prima della legge del 25 giugno 1891 ed

(1) *Roguin.* Les Conflits des lois. Pag. 301.

anche qui procederemo ad una divisione fra gli Stati aventi una convenzione internazionale con la Svizzera e quelli i cui rapporti non sono regolati da nessun trattato. Per questi ultimi varrà la soluzione generale, di diritto comune, per gli altri invece bisognerà seguire le disposizioni dei singoli trattati. Perchè è un principio fondamentale di diritto internazionale che le convenzioni contenenti clausole speciali prevalgono sulla legge — *lex specialis derogat legi generali* — e non possono, senza l'accordo delle parti, venire abrogate da leggi posteriori.

a) *Stati senza convenzione con la Svizzera.* Come già nei rapporti intercantonali fra Cantoni non concordatari, vige anche qui il principio della sovranità assoluta. Ogni Stato è completamente libero di regolare le successioni come meglio gli aggrada e questo tanto per ciò che riguarda la competenza del foro, come la legge applicabile. Ogni questione che potesse sorgere è semplicemente una questione d'ordine interno. In realtà i diversi Cantoni applicano in confronto degli stranieri leggi diverse, talvolta essi si obbligano singolarmente a trattamenti speciali. Così nel 1857 fu firmata fra il Cantone Ticino e l'Impero austriaco una disposizione per introdurre, mediante certe condizioni nell'interesse dei legatari e dei creditori, il sistema della legge nazionale (Ullmer 1229. C. fed. 13 marzo 1857).

Non sarà superfluo ricordare che l'Austria, la Prussia e il Würtenberg applicano alle successioni degli svizzeri domiciliati sul loro territorio la loro legge propria, vale a dire quella del paese d'origine.

b) *Stati con una convenzione con la Svizzera.* In materia di successioni la Svizzera ha firmato nel corso del XIX secolo i seguenti trattati:

cogli Stati Uniti il 25 novembre 1850;
col Gran Ducato di Baden il 6 dicembre 1856;
coll'Italia il 22 luglio 1868;

---

(1) *Von Wiss* op. cit. pag. 78.

con la Francia il 15 giugno 1869;
col Brasile il 21 ottobre 1878.

Avendo queste convenzioni, ad eccezione dell'ultima, valore anche all'epoca odierna, ci riserviamo di esaminarle unitamente al regolamento prescritto dal C. C. S.

Altri trattati invece non si occupano che delle misure conservative e stipulano in generale l'uguaglianza di trattamento con o senza reciprocità, qualcuno contiene inoltre la clausola della nazione la più favorita. Bisogna però ricordare che le nazioni al beneficio di questa clausola non possono pretendere l'applicazione del concordato del 1822 in loro confronto.

* * *

Tale era la situazione del diritto internazionale svizzero riguardo alle successioni prima dell'entrata in vigore della *legge del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti*. Dall'esame sommario che n'abbiam dato non sarà difficile comprendere come alcuni scrittori abbiano osato definirla « *una torre di Babele* » ed abbiano salutato con vera gioia l'apparire di questa nuova legge che, secondo Mentha, può ben chiamarsi « *il nostro piccolo codice di diritto internazionale privato* » (1).

Si sostituiva così finalmente all'arbitrio dei Cantoni una regola unica, comune a tutte le parti della Svizzera, regola che, pur non essendo priva di difetti, costituiva un passo innanzi verso la codificazione del nostro diritto internazionale privato. Questa legge si occupava del diritto intercantonale e di quello internazionale delle persone, famiglie e successioni.

Siccome la sua importanza è tuttora attuale, essendo il suo ordinamento stato accolto dal C. C. S., ci riserviamo di parlarne dettagliatamente nel titolo che segue.

---

(1) *Mentha*. Bulletin de la Société de législation comparée t. XXX (1900-1901) pag. 367.

TITOLO II

Le successioni nel diritto internazionale svizzero odierno

Dopo diversi tentativi di regolamento, riusciti tutti vani, il Consiglio Nazionale finì coll'accettare l'art. 61 del titolo finale, divenuto più tardi, nel titolo finale odierno, l'art. 59, e consistente nel rinvio per tutte le questioni di diritto internazionale privato alla legge del 25 giugno 1891, con qualche modificazione ed aggiunta da esso medesimo stipulate. Non essendo queste ultime inerenti alla nostra materia, crediamo bene di sorvolarle.

La legge del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti consta di 4 titoli, dei quali i primi 3 si riferiscono:

Titolo I: I rapporti di diritto civile degli svizzeri stabiliti od in soggiorno in Isvizzera (rapporti intercantonali).

Titolo II: I rapporti di diritto civile degli svizzeri all'estero.

Titolo III: I rapporti di diritto civile degli stranieri in Isvizzera.

A questa stessa divisione noi intendiamo attenerci nella esposizione che faremo immediatamente seguire. Divideremo quindi i rapporti intercantonali da quelli internazionali e

distingueremo in seno a questi ultimi quelli riguardanti gli svizzeri all'estero da quelli concernenti gli stranieri in Isvizzera. In un ultimo sottotitolo poi diremo brevemente delle convenzioni internazionali conchiuse dalla Svizzera.

Cap. 1 — Le successioni nel diritto intercantonale.

Sono regolate dalla lettera C del primo titolo.

Ossequiente all'art. 46 della C. F., la legge del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti proclama, nel suo art. 22 al. 1, il principio della legge dell'ultimo domicilio.

La ragione di questo scostarsi dalla vecchia tradizione, che aveva trovato adito anche nel concordato del 1822 e che stabiliva per il diritto di famiglia e quello successorio l'applicazione della *lex originis*, per avvicinarsi sensibilmente al sistema opposto, va cercata in considerazioni di ordine politico. La sicurezza del diritto e del commercio pretendevano che il 23 °/₀ degli abitanti della Svizzera non fossero retti da diritto straniero (1).

Di più non era equo, in un paese come la Svizzera, dove esistevano ben 25 legislazioni, una di fianco all'altra (tanto che Voltaire aveva avuto occasione di insinuare, coll'arguzia a lui propria, che vi si cambiava legge ogni volta in cui si mutava diligenza postale), pretendere dal giudice che egli conoscesse tutti i numerosi diritti cantonali, spesso così diversi.

Ma non bisogna però credere che un mutamento simile venisse accettato senza opposizioni. Per ben 29 anni la legge in questione occupò le Camere Federali senza che una unione

(1) *E. Mœhlich.* Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz. Tesi Zurigo 1913 pag. 34.

sul principio base potesse essere raggiunta: mentre il Consiglio degli Stati voleva statuire, sia per il diritto di famiglia, come per quello delle successioni, la competenza della *lex originis,* il Consiglio Nazionale si pronunciava per quella del domicilio.

E l'insanabile contrasto condusse irrevocabilmente ad una soluzione per compromesso. La forte corrente in favore della legge del luogo d'origine, cui appartenevano la gran parte dei Cantoni che avevano aderito al concordato, non poteva venir soddisfatta che con una concessione: il legislatore la trovò nella disposizione dell'art. 22 al. 2 che lascia al testatore la facoltà, qualora lo ritiene opportuno, di derogare alla legge del domicilio sottoponendo l'eredità da lui relitta alla legge del suo Cantone d'origine.

Così le numerose ragioni che nel caso particolare della Svizzera suggerivano il rifiuto del principio della nazionalità pura, non furono in grado di far introdurre integralmente il principio del domicilio per il regolamento delle successioni. Si permise al testatore di scegliersi lui stesso la legge alla quale intendeva sottoporre la propria eredità. Egli poteva pretendere ch'essa venisse retta dal diritto del suo Cantone d'origine: unica premessa era l'esistenza di una sua volontà esplicita a ciò diretta. Mancante questa ultima, si riteneva che l'attaccamento del testatore al proprio paese d'origine si fosse fatto ormai blando e si procedeva all'applicazione della legge del domicilio.

Questa facoltà riconosciuta al testatore di sottoporre la propria eredità alla legge del suo Cantone d'origine vien denominata, grazie alla sua affinità coll'istituto storico omonimo, « *professio juris* ». Era questi un procedimento introdottosi all'epoca della monarchia franca, per mezzo del quale le parti in causa indicavano il diritto secondo il quale vivevano. Esso suonava così: « *ego ex gente Romanorum (Langobardorum ecc.) professus sum, ex jure Romano (Longobardico, Gothico, ecc.) vivere* » (1).

(1) *Meili.* Civil-und Handelsrecht I, pag. 74.

La *professio juris* del diritto intercantonale svizzero ha per oggetto esclusivamente il trattamento materiale della successione e non quello formale, come può essere facilmente dedotto dall'art. 23 della legge e dalla giurisprudenza del tribunale federale (1).

Secondo il primo titolo della legge in questione l'eredità dev'essere considerata come un'*universitas*. Nessuna distinzione dunque fra mobili ed immobili, tanto i primi come i secondi vengono sottoposti alla stessa legge e allo stesso tribunale, che sono, per le successioni *ab intestato* e per quelle testamentarie prive della *professio juris*, la legge ed il foro del domicilio.

Coll'entrata in vigore del C. C. S. che veniva a sostituire al mosaico delle legislazioni cantonali l'unificazione del diritto, il titolo I della nostra legge perdeva una parte considerevole della sua importanza. Solo eccezionalmente esso può entrare ancora in linea di conto e cioè nel caso in cui il diritto cantonale è sempre applicabile anche malgrado l'introduzione del C. C. S. L'esempio più importante della sua applicazione è quello riferentesi alla legittima, citato nello stesso art. 59 del titolo finale.

Secondo l'art. 472 del C. C. S., i Cantoni possono regolare nelle loro legislazioni d'applicazione e di complemento, s'essi intendono o meno conservare la legittima dei fratelli e delle sorelle prevista dall'art. 471 dello stesso codice ed, in caso affermativo, s'essi vogliono limitarla ai fratelli ed alle sorelle oppure estenderla anche ai discendenti di essi.

Questa insana prescrizione che sacrifica la rigorosa unità del diritto trova un'unica spiegazione nell'esame storico della questione. Due correnti si trovavano di fronte: l'una, cui appartenevano principalmente i Cantoni della Svizzera francese, era favorevole ad estendere la libertà di disporre fino al limite del possibile, l'altra invece, appoggiata dal Consiglio degli Stati, voleva all'incontro limitarla e propugnava la legittima

(1) Raccolta decisioni Tribunale Federale. Vol. XXXIII, pag. 489.

non solo per i fratelli e per le sorelle, ma anche per i discendenti di essi. Questa scissione incolmabile avrebbe senza dubbio condotto a far respingere l'intiero codice civile, se esso si fosse azzardato a prendere partito sia per l'una che per l'altra corrente. Per non rendere quindi pericolante tutto l'edificio non restò al legislatore altro da fare che, sacrificando l'unità del diritto, esperire una concessione alle legislazioni cantonali. L'art. 472 C. C. S. fu dunque, in una parola, l'opera di un compromesso.

Ma mentre concedevasi da una parte, cercavasi dall'altra di limitare il campo d'azione della nuova disposizione. Fu così che l'art. 472 non si limitò a rimandare all'art. 22 al. 1 della legge del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti, favorevole alla legislazione del Cantone di domicilio, ma vi sostituì la disposizione che il diritto cantonale sulla legittima è applicabile solo all'eredità d'un *decujus* domiciliato nel suo Cantone di attinenza. Esso appianava il contrasto fra il principio territoriale e quello nazionale, evitando di pronunciarsi sia per l'uno che per l'altro, ma pretendendo la cumulazione dei due.

Per tutti gli altri casi restava applicabile l'art. 471 del C. C. S. (1).

Secondo l'opinione generale che, per quanto ci consta, non è mai stata finora contraddetta da nessuno, l'art. 472 C. C. S. resta inoltre applicabile alle successioni di quei cittadini che, facendo uso della facoltà loro accordata dall'art. 22 al. 2 della legge federale del 25 giugno 1891, pur essendo domiciliati in un Cantone che non sia il loro Cantone d'origine, le sottopongono « *expressis verbis* » alla legge di questo ultimo (2). Il che tornerebbe a dire che l'art. 472 del C. C. S. ha voluto semplicemente sostituirsi all'art. 22 al. 1 della legge federale del 25 giugno 1891, lasciando intatto il resto della

(1) *P. Tuor.* Kommentar zum Erbrecht pag. 136.
(2) » » » » » » 140.
Reichel. » pag. 147.

legge, che in virtù dell'art. 59 del Tit. Fin. del nostro codice civile rimane tuttora applicabile qualora, come nel nostro caso, potessero sorgere dei conflitti fra le leggi cantonali.

Ora noi reputiamo che una simile interpretazione non sia la migliore. Essa è in primo luogo, sotto un certo aspetto, contraria alla volontà del legislatore che, come abbiamo visto, voleva contenere la breccia operata dall'art. 472 C. C. S. al più ristretto numero di casi possibile. In secondo luogo, essa non può essere ricongiunta con quanto lo stesso prof. Tuor a pag. 136 del suo commentario asserisce e cioè che l'art. 472 del C. C. S. non ha inteso, nel duello fra principio territoriale e principio nazionale, prendere posizione nè per l'uno nè per l'altro, ma sostituirli colla loro cumulazione.

Ora asserire da una parte che l'art. 472 C. C. S. non ha voluto dare la preferenza a nessuno dei due principi citati ed ammettere simultaneamente dall'altra, ch'esso si sia sostituito esclusivamente all'art. 22/1 della legge federale del 25 giugno 1891, lasciando intalto l'art. 22 / 2 che permette al testatore di sottomettere la sua successione alla legge del proprio Cantone d'origine, significa commettere una grave incoerenza.

Perchè una simile interpretazione dell'art. 472 è ben lungi dal fare ai due principi un posto press'a poco equivalente.

Infatti la legge del domicilio, applicabile prima alla maggioranza dei casi, verrebbe così soppressa con un solo tratto di penna o perlomeno limitata al caso dove origine e domicilio coincidono nello stesso Cantone. La legge dell'origine all'incontro conserverebbe intatto il suo campo di azione, il quale limitavasi già colla legge del 1891 al caso in cui il testatore faceva uso della *professio juris*. Ridurre a zero il dominio della legge di un Cantone, mentre si serba intatto quello della legislazione di un altro Cantone, non può, ai nostri occhi, esser considerato come una parità di trattamento.

Almeno avesse l'art. 472 fatto posto ad una disposizione in favore del domicilio che controbilanciasse la facoltà lasciata al testatore di sottoporre la legittima al diritto del suo Cantone

di origine, ma perfino questo gli è sconosciuto e la *professio juris* rimane un favore ed è solo possibile in confronto della legge del Cantone d'origine. Non possiamo quindi ammettere che un simile procedimento significhi trattare alla stessa stregua tanto il principio territoriale quanto quello nazionale.

Per questo noi opiniamo che si debba interpretare lo art. 472 del C. C. S. in senso più restrittivo. Esso ha inteso sostituirsi non solo all'art. 22/1 della legge federale del 25 giugno 1891, ma ad ambedue gli allinea di quest'articolo. Ha cassato la competenza del domicilio, ma ha fatto altrettanto anche di quella dell'origine ed ha limitato la sua applicazione al caso in cui ambedue coincidono nello stesso Cantone. Sparisce così il principio del domicilio puro, ma non viene sostituito dal principio nazionale, come sparisce la *professio juris*, al che corrisponde la mancanza della facoltà di sottoporre la propria successione alla legge del Cantone del domicilio.

Quest'interpretazione può vantarsi d'aver usato ai due principi un trattamento uniforme, essa non crea in favore dell'uno vantaggi che tornano a discapito dell'altro. Inoltre, essa limita il campo d'azione d'una disposizione che può ben definirsi infelice. Infelice perchè dà origine a delle conseguenze incresciose: infatti di due fratelli, uno può avere diritto alla legittima, mentre l'altro ne è escluso. Così se due ticinesi legati da parentela al secondo grado si trovano domiciliati, uno nel Cantone Ticino e l'altro in quello d'Argovia, il primo ha diritto alla legittima sulla eredità del secondo, mentre questi ne è privato in confronto di quello, avendo la legge d'applicazione e di complemento del Cantone Ticino, resa competente dall'art. 472, abolito la legittima dei fratelli e delle sorelle. Ed una situazione analoga verificasi per i discendenti dei fratelli e delle sorelle. A seconda che il loro zio o prozio sia morto domiciliato nel paese di attinenza, naturalmente nel caso che quest'ultimo ha allargato la legittima anche ai discendenti, oppure in un altro Cantone, essi hanno un diritto intangibile su di una quota dell'eredità o ne sono

privi. Così essi possono venir chiamati a raccogliere l'eredità d'uno zio domiciliato nel proprio Cantone, mentre vengono simultaneamente esclusi da quella d'un altro zio domiciliato altrove. A questo aggiungasi il fatto singolare che, se il *decujus* era domiciliato al momento della morte in un Cantone che applica la stessa soluzione in materia di legittima come quella prescelta dal suo Cantone d'origine, egli deve ciò nondimeno tollerare la regola contraria del C. C. S. che ammette la legittima per i fratelli e le sorelle, ma la esclude per tutti i loro discendenti.

Cap. 2 — Le successioni degli svizzeri all'estero.

Sono regolate dall'art. 28 della legge del 25 giugno 1891 che suona come segue:

« art. 28: *Le regole seguenti sono applicabili agli svizzeri domiciliati all'estero per tutto ciò che concerne il diritto delle persone, il diritto di famiglia e il diritto successorio, salvo tuttavia le clausole speciali dei trattati internazionali.*

1) *Se, secondo la legislazione straniera questi svizzeri sono retti dalla legge straniera, ciò nonostante non è questo diritto, bensì quello del Cantone d'origine che viene applicato ai loro immobili situati in Isvizzera; è pure il Cantone d'origine che esercita la giurisdizione in simile materia.*

2) *Se, secondo la legislazione straniera, questi svizzeri non sono retti dal diritto straniero, il diritto del Cantone d'origine viene loro applicato ed è pure questo Cantone che esercita la giurisdizione* ».

Due requisiti sono quindi essenziali per l'applicazione dell'articolo:

a) quanto alle persone: la nazionalità svizzera ed il domicilio all'estero;

b) quanto al contenuto: la mancanza d'una convenzione internazionale. Qualora un trattato internazionale esistesse, bisogna farvi ricorso perchè, come abbiam visto, il trattato ha la precedenza sulla legge.

Parrebbe a prima vista, e numerosi autori lo hanno sostenuto (1), che alla base dell'art. 28 stia il principio della legge del domicilio. Nulla però è meno vero di questa affermazione. Essa è contraddetta dallo stesso art. 28. A cifra 1 esso infatti stabilisce, senza possibitità alcuna di cambiamento, che per gli immobili d'uno svizzero morto all'estero, situati su territorio svizzero, vale il diritto del Cantone di origine. Questo fatto è ancor più significativo se si considera che il legislatore vi sacrifica il principio della successione universale, la cui necessità fu riconosciuta e sottolineata nei lavori preparatori della legge e trovò esplicita formulazione nell'art. 25.

Il legislatore straniero può fissare come competente la propria legge per regolare la successione d'uno svizzero domiciliato nel suo territorio e la Svizzera non ha nulla da opporre. Quando trattasi però di rapporti sottoposti alla sosovranità della legge elvetica, allora la Svizzera dichiarasi competente e statuisce il principio della legge del Cantone di origine. Donde deriva che l'applicazione delle leggi straniere alle successioni di svizzeri non è frutto della volontà del legislatore svizzero, ma semplicemente un'inevitabile concessione all'effettiva sovranità dello Stato estero. Mentre è evidente che, derogando al principio dell'unità della successione per sottoporre alla legge svizzera gli immobili situati nella Confederazione, egli mirava unicamente all'applicazione del diritto svizzero alla successione d'uno svizzero in quanto ciò fosse possibile, vale a dire praticamente effettuabile.

Esaminata la base dell'art. 28, veniamo ora a considerarne gli effetti. La legge del domicilio può dichiararsi competente, essa può anche rimandare alla legge svizzera oppure a quella di un'altra nazione. Ed eccoci di fronte alla questione

(1) *Blank.* Kommentar zum B. G. B. IV, pag. 105.

famosa del rinvio. Come la risolveremo? Ora egli è ovvio, che il legislatore intendeva far ricorso in questo art. 28 al rinvio completo, vale a dire al rinvio alle norme di diritto internazionale e non semplicemente al diritto materiale dello Stato del domicilio. Se fosse altrimenti non sarebbe più possibile l'applicazione del diritto svizzero esplicitamente contemplata al N. 2 dell'articolo stesso. Un dubbio reale avrebbe potuto esistere solo se il legislatore si fosse limitato a questa versione: « Gli svizzeri all'estero sono sottoposti al diritto del loro domicilio, questo diritto non si applica agli immobili situati in Isvizzera ». Ma il legislatore è stato questa volta sufficientemente esplicito ed è indiscutibile ch'egli abbia vagheggiato l'applicazione del rinvio completo, vale a dire alle disposizioni di diritto internazionale privato dello Stato del domicilio (1).

Discussa è pure la questione del rinvio della legge straniera ad un altro diritto puramente straniero, o, per prestare un termine alla letteratura tedesca, della *Weiterverweisung*. E' essa ammessa dall'art. 28? La corrente maggiore la ritiene permessa per una volta e crede di poter puntellare questa opinione sul messaggio federale che, parlando del N. 2 dello art. 28, ce lo illustra come il mezzo di por fine alla incertezza nascente quando la legge straniera sottoponesse gli svizzeri alla loro legge nazionale. Non si sapeva infatti se essi erano soggetti alla legge del loro Cantone d'origine oppure a quella del loro ultimo domicilio, della situazione dei loro beni ecc.

Se il Consiglio Federale avesse inteso qualche cosa di altro n'avrebbe fatto cenno nel suo messaggio. Per questo deve ritenersi che tale non fu la sua intenzione (2).

Solo Niemeyer sembra voler asserire il contrario, quando dichiara che la *Wieterverweisung* non è riconosciuta positivamente da nessun diritto esistente (3). Ma la sua opinione si

(1) *Mœhlich*. Op. cit., pag. 40.
(2) *Piller*. Op. cit., pag. 39.
(3) *Niemeyer*. Methodik, pag. 17.

è con molta probabilità lasciata guidare esclusivamente da una interpretazione troppo letterale del testo dell'articolo.

Quanto abbiamo detto non vale sempre anche per la giurisdizione. Infatti può darsi che il diritto straniero riconosca l'applicabilità della legge svizzera e contemporaneamete mantenga la competenza dei propri tribunali, i quali sarebbero obbligati a giudicare con una legislazione a loro straniera.

Da questa circostanza noi tiriamo un nuovo argomento contro l'applicazione dell'art. 472 del C. C. S., di cui abbiamo già parlato precedentemente, e che si vorrebbe applicare analogamente anche per le successioni degli svizzeri all'estero, di modo che appena la legge del luogo del domicilio del *decujus* svizzero si pronunciasse per la legge nazionale, la successione verrebbe senz'altro retta per ciò che riguarda la legittima dal diritto del Cantone d'origine dell'ereditando in questione. Ora noi opiniamo che solo il C. C. S. è applicabile in un caso simile, non avendo il *decujus* adempiuto al requisito necessario: quello d'aver simultaneamente al momento della morte domicilio ed attinenza nello stesso Cantone. Questa soluzione è infinitamente più pratica; perchè come è possibile pretendere mai che il giudice straniero, già poco disposto a far uso del C. C. S., lo rigetti o lo sostituisca con 25 altre legislazioni, diverse nei principi, nelle disposizioni e perfino nella lingua?

Non senza importanza è il contrasto dell'art. 28 con l'art. 22 riguardo all'unità della successione. Mentre in questo ultimo l'intera successione veniva considerata come un'unità, essa vien ora ripartita in mobili ed immobili. Per i primi vale la regola enunciata più sopra, per gli altri invece fa stato la legge del luogo d'origine del defunto. Strana decisione invero, sconosciuta alle legislazioni di qualunque altro paese. Perchè, se la divisione fra mobili ed immobili può trovare una giustificazione, questa deve cercarsi nell'interesse dello Stato della situazione a che gli immobili vengano retti dalla sua legge. Rompere l'unità della successione per sottoporre gli immobil alla *lex rei sitae*, può avere un senso,

applicare ad essi la *lex originis* non può non destare meraviglia. Pertanto la disposizione dell'art. 28, pur costituendo una « anomalia » (1), non merita di venir giudicata troppo severamente. E se non si deve cercarne la ragione nelle considerazioni teoriche, si può però affermare con sicurezza che essa ha un'importanza eminentemente pratica. Si è voluto con essa evitare semplicemente un conflitto interno fra due diverse legislazioni cantonali nel caso che la legge straniera si sottraesse al regolamento della successione di uno svizzero domiciliato all'estero. Siccome allora sarebbe il diritto del Cantone d'origine che diverrebbe applicabile (art. 28 N. 2), noi avremmo potuto assistere ad un conflitto fra questo diritto e quello del Cantone della situazione. È questo conflitto che si voleva impedire e si è realmente impedito.

Il fatto che gli immobili della successione di uno svizzero, situati in Isvizzera, vengano sottoposti alla sua legge personale, non permette l'applicazione per analogia della stessa legge in confronto dei beni mobiliari che nel caso concreto si trovassero legati agli immobili (p. e. un erede può essere chiamato alla successione d'una casa secondo il diritto svizzero, senza con questo succedere nei mobili che si trovassero in essa e può perfin capitare che lo stesso figlio venga considerato legittimo per ciò che riguarda l'eredità di una casa, illegittimo all'incontro in confronto dei mobili di questa casa sottoposti al diritto straniero). Ciò malgrado bisogna però riconoscere che l'applicazione per analogia sarebbe in questo caso praticamente più soddisfacente.

Non rimane inoltre spazio alcuno per la *professio juris*, la legge dell'origine essendo già applicata in virtù della norma legislativa.

---

(1) Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XLIX, pag. 497.

Cap. 3 - Le successioni degli stranieri in Isvizzera.

Le successioni degli stranieri in Isvizzera sono regolate in prima linea dagli art. 32 e 34 del Titolo III della legge ed in ultima analisi dal Titolo I, applicato per analogia.

L'art. 34 contiene l'oramai conosciuta riserva riguardo alle convenzioni internazionali. La legge del 1891 si ritira davanti ai trattati conchiusi tra la Svizzera e gli altri Stati e dichiara la sua inferiorità di fronte ad essi. Come abbiamo già visto più sopra, questa dichiarazione non era punto necessaria, essa è un postulato oramai riconosciuto nella dottrina del diritto. Ma giacchè il legislatore ha creduto bene di formularla nel testo della legge, rallegriamoci ch'egli siasi pronunciato per una norma equa, tanto più che a quell'epoca, o meglio, qualche decennio prima, dottrina e rappresentanti francesi avevan sostenuto il contrario.

L'art. 32 si limita a sanzionare il principio della analogia. Esso è così concepito: « *Le disposizioni della presente legge sono applicabili per analogia agli stranieri domiciliati in Isvizzera* ».

La forma troppo generica di questa asserzione non ha tardato a far sorgere un conflitto d'interpretazione. Cosa infatti dev'essere applicato per analogia agli stranieri domiciliati in Isvizzera? Il Titolo I, il Titolo II della legge oppure ambedue? Quest'ultima soluzione parrebbe quella da preferirsi dopo un esame attento ed un'interpretazione letterale del testo dell'articolo. Ma ecco sorgere un'altra difficoltà: possono questi due Titoli essere applicati per analogia senza trovarsi in conflitto fra di loro? O non contengono essi piuttosto delle disposizioni contrarie, non facilmente conciliabili in un tutto armonico, delle quali l'una è diametralmente opposta all'altra?

Con Reichel noi opiniamo che, costituendo il Titolo I la parte principale della legge del 1891, a lui spetta, in primo

luogo, di venir applicato per analogia. Simile applicazione deve pertanto essere concessa anche al Titolo II, qualora certe sue disposizioni vi si prestassero senza generare contrasti con quelle del Titolo I.

Applicheremo quindi per analogia gli articoli che il Titolo I contiene sotto la rubrica C (art. 22 - 27). Di questi il più importante è senza dubbio l'art. *22* che dice: « *La successione è sottomessa alla legge dell'ultimo domicilio del defunto. Si può tuttavia con una disposizione di ultima volontà od un contratto successorio sottomettere la propria successione alla legislazione del paese d'origine* » (1).

Esso contiene il principio generale che è, per le successioni *ab intestato* e per quelle testamentarie che non costituiscano l'eccezione dell'allinea secondo dello stesso articolo, il principio della legge dell'ultimo domicilio. Questo vale, in virtù dell'art. 23, anche per la competenza dei tribunali o per l'apertura dell'eredità.

La successione viene sempre considerata come unità.

Queste le regole generali. Esaminiamone ora le eccezioni.

I. Il decujus muore ab intestato o senza una disposizione nel senso dell'art. 22 al. 2.

Secondo l'art. 22 al. 1, il diritto svizzero è applicabile per l'intera successione.

Esistono pertanto delle eccezioni a questo principio generale.

a) Speciali convenzioni internazionali possono prescrivere l'applicazione della legge estera. Così il Trattato di domicilio e consolare fra la Svizzera e l'Italia di cui parleremo in seguito.

b) La legislazione straniera può pretendere di regolare le parti della successione (specialmente gli immobili) situate sul suo territorio. La Svizzera non può opporsi a simile pretesa, cessando la sua sovranità insieme ai suoi confini.

---

(1) Abbiamo dato l'articolo già pronto per l'analogia.

c) I testamenti, patti successori, ecc. non devono necessariamente seguire le forme volute dal diritto svizzero. Infatti l'art. 24 dice: « *Le disposizioni di ultima volontà, i patti successori e le donazioni per causa di morte sono validi quanto alla forma, se questa soddisfa al diritto del luogo in cui l'atto fu fatto od a quello del paese del domicilio all'epoca della celebrazione dell'atto o al diritto dell'ultimo domicilio o a quello del paese d'origine del defunto* ».

d) Speciali norme valgono per il patto successorio.

« art. 25: *I patti successori sono regolati, quanto alla sostanza, dal diritto del primo domicilio coniugale, se sono stati conchiusi tra fidanzati; in tutti gli altri casi, dal diritto del luogo in cui il defunto era domiciliato al tempo della stipulazione del patto. Salve rimangono le disposizioni sulla legittima contenute nella legge che governa la successione* ». Quest'ultima dunque è regolata dal diritto svizzero (art. 22).

II. Il decujus ha fatto uso della professio juris.

Egli ha, con altre parole, per mezzo di una disposizione di ultima volontà, dichiarato di voler sottoporre la sua successione alla *lex originis* o *lex patriae.*

Questo privilegio, stabilito originariamente per i cittadini di un Cantone domiciliati nell'altro, può essere allargato per analogia anche agli stranieri domiciliati in Isvizzera. Essi possono quindi pretendere che le loro successioni vengano disciplinate dal loro diritto nazionale.

Tale disposizione vale solo per gli stranieri in Isvizzera, mentre non può venir applicata agli svizzeri all'estero. Per questi vale la legge del domicilio (eccezion fatta per gli immobili situati in Isvizzera) o, quando essa si dichiara incompetente, la legge del Cantone d'origine, indipendentemente però dalla *professio juris.*

Quando l'ereditando ha fatto uso della *professio juris,* la sua successione segue il diritto nazionale, vale a dire la legge

del paese d'origine. Perfino gli immobili situati in Isvizzera sono regolati da questa legge.

Bisogna però tener presente che questa regola non ha una portata assoluta, ma subisce delle eccezioni:

a) quando una convenzione internazionale vi si oppone.

b) La *lex originis* disciplina esclusivamente il trattamento materiale dell'eredità e non quello formale. L'apertura della successione infatti avviene, conformemente all'art. 23, secondo le norme della legge del domicilio.

Disposizioni di ultima volontà, patti successori e donazioni a causa di morte sono valevoli, riguardo alla forma, se conformi all'art. 24. Riguardo alla sostanza vale per essi, eccezione fatta per il patto successorio, la *lex patriae*.

c) Il patto successorio viene, per ciò che concerne il suo contenuto, regolato secondo le prescrizioni dell'art. 25 e cioè: se conchiuso tra fidanzati, dalla legge del primo domicilio coniugale; in tutti gli altri casi, da quella del domicilio del testatore all'epoca della stipulazione del patto. La legittima però segue la legge nazionale del *decujus*.

Cap. 4 - Le successioni nelle convenzioni internazionali conchiuse dalla Svizzera.

Un ordinamento speciale riservarono alle successioni i diversi trattati conchiusi fra la Svizzera ed alcuni altri Stati.

Passiamo ora a dir brevemente dei più importanti.

I. Trattato cogli Stati Uniti d'America.

Le successioni sono regolate nell'art. VI così concepito:

« *Le contestazioni che potessero sorgere fra i pretendenti di una successione sul punto di sapere a chi devono appartenere i beni, saranno portate davanti ai tribunali e giudicate secondo le leggi del paese dove la proprietà (mobili e immobili) è situata* ».

Non sarà però vano ricordare che malgrado il testo dell'articolo esplicitamente favorevole al foro ad alla legge della situazione, gli stipulatori hanno inteso applicare per i mobili della successione la legge dell'ultimo domicilio del defunto, per gli immobili invece la *lex rei sitae*. Questa strana interpretazione ha ricevuto forza legale (1).

II. Trattato col Granducato di Baden.

È ancora in vigore malgrado l'unificazione della nazione germanica. Si occupa delle successioni nel suo art. 6 che dice:

« *Nel caso che una controversia venisse a sorgere fra coloro che hanno delle pretese sulla stessa eredità, si procederà secondo le leggi ed i tribunali del paese ove la proprietà è situata.*

Se l'eredità si trova nei due Stati, le autorità dello Stato di cui il testatore è cittadino o ch'egli abitava all'epoca della

---

(1) Foglio Officiale del 1850|III, pag. 737 e le decisioni del Tribunale Federale, vol. 9, pag. 514; vol. 24|I, pag. 319; vol. 43|I, pag. 87.

sua morte sono competenti s'egli non era cittadino dell'uno dei due Stati contraenti ».

Interessante in questo articolo è il desiderio degli stipulatori di mantenere rigorosamente il principio dell'unità della successione, non facendo distinzione alcuna fra mobili ed immobili. Malgrado che il primo allinea sembri voler inviare alla *lex rei sitae*, anche qui come nel trattato cogli Stati Uniti d'America, essendo i mobili riuniti secondo la massima « *mobilia ossibus inhaerent* » all'ultimo domicilio del defunto, essi vengono retti dalla legge dell'ultimo domicilio. E siccome, in più del trattato precedente, la convenzione col Granducato di Baden proclama l'unità della successione, così noi arriviamo alla soluzione seguente:

a) Se la successione si trova tutta in uno Stato e quindi, per le ragioni suesposte, se il defunto aveva il suo domicilio nello Stato dove trovansi tutti i suoi beni: spetta alla legge del domicilio di disciplinare la successione.

b) Se la successione è divisa nei due Stati necessita distinguere se il defunto è svizzero o badese, oppure s'egli appartiene a un terzo Stato. Nel primo caso sarà applicabile la legge del luogo d'origine, nel secondo quella del domicilio (1). La mancanza di chiarezza pertanto che affiora a più riprese nel nostro articolo ha reso possibile numerose altre interpretazioni, generando una dolorosa e deplorevole incertezza.

III. Trattato con l'Italia.

Esso regola le controversie che potessero sorgere riguardo alla successione d'un italiano morto in Isvizzera e d'uno svizzero morto in Italia (art. 17 e art. IV del protocollo annesso).

Il principio della legge del luogo d'origine vien applicato per tutta la successione. Un esame più dettagliato di questa convenzione costituisce appunto l'oggetto principale del nostro lavoro.

---

(1) Il sottoporre alla convenzione anche i cittadini d'altri Stati costituisce una particolarità, non certo lodevole, del trattato.

IV. Trattato con la Francia.

Art. 5: « *Toute action rélative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou ab intestat et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c. à. d., s'il s'agit d'un français mort en Suisse devant le Tribunal de son dernier domicile en France et s'il s'agit d'un suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Toutefois on devra, pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation.*

Si dans les partages des successions auxquelles des étrangers sont appelés concurrement avec des nationaux, la législation de l'un des deux pays accorde à ses nationaux, des droits et avantages particuliers sur les biens situés dans ce pays, les ressortissants de l'autre pays pourront, dans les cas analogues, revendiquer de même les droits et avantages accordés par la législation de l'Etat auquel ils appartiennent.

Il est du reste bien entendu que les jugements rendus en matière de succession par les tribunaux respectifs et n'intéressant que leurs nationaux, seront exécutoires dans l'autre, quelles que soient les lois qui y sont en vigueur ».

Se questo articolo prevede dunque i tribunali competenti, s'esso premette il caso d'una contestazione, è però silente per ciò che riguarda la legge da applicarsi. Ma è ormai fuori di dubbio che fissando il foro esso ha pure voluto indicare la legge, cosicchè è la *lex fori*, in questo caso dunque la legge nazionale, che viene applicata, salvo naturalmente la riserva per i beni immobiti situati in uno dei due Stati contraenti e che vengono retti dalla legge della situazione.

Il trattato franco-svizzero trova applicazione soltanto in confronto delle azioni elencate in senso restrittivo nel citato articolo, vale a dire che non implicano la sua applicazione altre azioni, come per esempio quelle aventi riguardo al regime dei beni oppure quelle dei creditori della successione.

A quali condizioni deve soddisfare la persona del defunto perchè il trattato sia applicabile?

a) *Nazionalità.* Il *decujus* doveva essere o svizzero o francese. In opposizione al trattato col Granducato di Baden non troviamo qui disposizione alcuna riguardante gli stranieri.

b) *Luogo della morte o domicilio.* La questione è controversa. Basta il fatto anche fortuito della morte nell'altro Stato contraente perchè il trattato venga applicato? Oppure costituisce il domicilio nell'altro Stato un requisito indispensabile alla sua applicazione? Ed infine, quando origine, luogo della morte e domicilio collimano, può l'applicazione essere invocata? Le opinioni dei diversi autori sono alquanto difformi. Avremo campo di analizzarle in seguito, nello studio della disposizione analoga contenuta nel trattato italo-svizzero.

A quali condizioni debbono soddisfare gli eredi perchè possa essere invocata l'applicazione del trattato?

Nazionalità e domicilio degli eredi sono in via di massima indifferenti. Così, quando tutti gli eredi sono svizzeri ed appartenenti ad un terzo Stato, ogni giudizio emesso dal giudice competente svizzero riceverà senz'altro l'« *exequatur* » in Francia.

Un'eccezione però esiste quando eredi francesi concorrono con altri eredi (art. 5/2). I primi possono, per mezzo del diritto di prelevamento, rivalersi sui beni situati in Francia degli svantaggi ch'essi hanno dovuto subire coll'applicazione della legge svizzera. Nulla di più contrario al buon senso di questo allinea che i delegati francesi vollero ostinatamente inserire nel già infelice trattato e che ha oramai acquistato una triste rinomanza per le numerose difficoltà suscitate e per le delazioni inferte all'applicazione del trattato stesso.

Come abbiamo già avuto campo di notare, l'articolo 5 è silente riguardo al diritto da applicarsi; l'opinione generale ammette che non si aveva l'intenzione di separare il foro dalla legislazione.

Una riserva va fatta pertanto riguardo agli immobili. « *Toutefois, on devra pour le partage, la licitation ou la vente*

des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation ».
Anche su questo punto, come su numerosi altri ormai, l'opinione dei diversi giureconsulti non è concorde. Accenneremo, senza però entrare nei dettagli, estranei alla linea di condotta che ci siamo proposti, alle due correnti principali.

La prima tende a sostenere la competenza del tribunale della situazione per i beni immobili della successione, essa inverte, con altre parole, il principio di poco fa ed afferma che, riservando agli immobili l'applicazione della *lex rei sitae*, i negoziatori hanno voluto, *ipso facto*, riservare la competenza al tribunale della situazione. Questa corrente, giustificata specialmente in Francia, ha dalla sua un grande argomento consistente nella costante pratica francese di sottoporre gli immobili alle leggi ed al giudice della situazione. « *Se la Francia intendeva rinunciare a questa consuetudine* — essi dicono — *ciò avrebbe significato una vera rivoluzione nella pratica tradizionale e non avrebbe quindi potuto avvenire senza lasciar traccie nelle discussioni che precedettero la ratifica del trattato* » (1).

L'opinione opposta invece proclama la competenza del foro d'origine, il quale è però costretto ad applicare riguardo agli immobili la *lex rei sitae*. È questa la soluzione preponderante nella dottrina elvetica e generalmente accettata dalla giurisprudenza cantonale e federale (2).

---

(1) *Aujay*. Etudes sur le traité franco-suisse du 15 juin 1869. Tesi Parigi 1903, pag. 252.

Brocher. Commentaire du traité franco-suisse de 1869, pag. 51.

(2) Decisioni Tribunale Federale 1895, pag. 343, 344; 1888, pag. 593; 1898|1 pag. 302; 1903|1 pag. 329.

Curti. Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, pag. 93.

Meili. Internationales Zivilprozessrecht, pag. 335.

TITOLO III

Le successioni nei rapporti italo-svizzeri

Cap. 1 - Il trattato di domicilio e consolare del 22 luglio 1868.

Già fin dal 1862 erano sparite, nei rapporti italo-svizzeri, le ultime traccie del diritto di detrazione e di quello d'albinaggio. Sussisteva però sempre, nel regolamento delle devoluzioni ereditarie, la massima incertezza circa la legge applicabile ed il giudice competente. Infatti, data la mancanza di speciali convenzioni, era d'uopo far ricorso alle norme di diritto comune, sovente dissimili nei due Stati, talvolta perfino molteplici e diverse nell'interno di ciascuno di essi. E siccome quest'ultime, come abbiamo visto, sfociavano quasi sempre nella oramai famosa e, nel contempo, infausta ripartizione in beni mobili ed immobili, ne conseguiva un grande frazionamento dell'eredità, specie quando i beni che la componevano erano disseminati nei due Stati ed, in seno ad essi, sul territorio di diversi Cantoni o su quello di regioni o provincie rette da codici diversi.

Per fortuna una simile situazione non doveva protrarsi troppo a lungo. Invero l'Italia s'incaricava ben presto di semplificarla, dotandosi, già fin dal 25 giugno 1865, di un codice civile unico. Spirava in quest'ultimo un alito nuovo,

particolarmente rispondente alle conquiste della scienza ed alle esigenze della vita pratica che, come abbiamo in precedenza accennato, estrinsecavasi in modo speciale nel campo del diritto internazionale privato. Ma come tutte le innovazioni, anche la nuova codificazione aveva il torto di contrastare con quelle vigenti nel resto del continente e dava necessariamente origine ad un numero maggiore di conflitti colle diverse leggi degli altri Stati.

Forse questo fatto contribuì indirettamente a fortificare l'idea di un trattato che regolasse in modo uniforme i più importanti conflitti di leggi possibili tra la Svizzera e l'Italia e fra questi quello riguardante le successioni. Di più le relazioni dei due Stati erano oramai troppo importanti e troppo attive per essere regolate dalle sole disposizioni generali delle leggi di ogni Stato. Questo secondo motivo si faceva particolarmente sentire nel campo dei rapporti commerciali, ciò che ci spiega come già fin dal 1862 la Svizzera avesse sollecitato la discussione di un nuovo trattato commerciale che venisse a sostituirsi a quello oramai inservibile del 1851.

Ma il governo italiano non si era dichiarato disposto a seguire il desiderio svizzero fin tanto che non evesse condotto a termine il trattato corrispondente colla Francia. Subordinò quindi qualsiasi trattativa alla conclusione di quest'ultimo che avvenne, posteriormente alle previsioni, il 17 gennaio 1863.

Allo scoccare di questo termine, una sollecitazione novella da parte del governo svizzero fu diretta all'Italia allo scopo di una pronta ripresa dei negoziati, sollecitazione che ottenne un risultato lusinghiero, vale a dire le assicurazioni richieste con l'osservazione che l'Italia non aveva nulla da opporre a che le conferenze avessero luogo a Berna e le disposizioni venissero ivi compilate.

Ma il governo italiano non voleva solamente un trattato di commercio, voleva anche altre convenzioni ugualmente essenziali onde facilitare le relazioni internazionali tra la Svizzera e l'Italia. Queste altre convenzioni che si reputavano necessarie erano: quella consolare, quella per l'estradizione

e quella relativa alla proprietà letteraria. Il governo italiano faceva di queste tre convenzioni una « *conditio sine qua non* » al proseguimento delle trattative.

Le pratiche si iniziarono a Berna il 20 agosto 1864 fra i due capi del dipartimento politico e di quello del commercio da una parte ed il cavaliere Jocteau, inviato straordinario e ministro plenipotenziario di S. M. il Re d'Italia, dall'altra. Esse seguirono in un primo tempo un ritmo assai celere, cosicchè il 15 settembre dello stesso anno già cinque conferenze avevano avuto luogo.

Ma la morte repentina del cav. Jocteau, oltre a segnare un'interruzione al proseguimento dei negoziati, veniva a distruggere ogni speranza di una pronta conclusione.

Questa nuova stasi indusse i rappresentanti del governo confederato ad iniziare pratiche onde ottenere dei risultati provvisori nel campo delle relazioni commerciali: nè la loro iniziativa rimase infruttuosa. Il 30 giugno 1865 veniva firmato a Firenze, fra il generale Lamarmora, ministro degli affari esteri del regno d'Italia ed il ministro svizzero Pioda, un protocollo, nel quale le due nazione si promettevano, con dichiarazione reciproca, di trattarsi sulla base della nazione la più favorita fino alla conclusione del nuovo trattato. E lo stesso protocollo aggiungeva testualmente più innanzi: « *i due plenipotenziari dichiarano di comune accordo che assicurandosi da una parte e dall'altra il godimento delle concessioni fatte rispettivamente dal trattato franco-italiano e franco-svizzero, essi non intendono derogare in modo alcuno alla condizione preliminare, posta fin dall'inizio dei negoziati e secondo la quale le convenzioni enumerate nella corrispondenza che ha preceduto i negoziati stessi restano indissolubilmente legate le une alle altre e le ratificazioni saranno scambiate simultaneamente a Berna* » (1).

Onde accellerare l'andamento delle trattative, il governo italiano propose di dividere la materia e di procedere simultaneamente a Torino e a Berna allo studio di essa. Il consi-

(1) Archivio Federale - Cfr. gli atti relativi al trattato del 1868.

glio federale si dichiarò disposto ad accettare la divisione seguente: le questioni relative ai rapporti consolari e di domicilio, all'estradizione dei malfattori, alla garanzia della proprietà letteraria ed artistica, avrebbero dovuto venire discusse a Berna, mentre le altre materie ed in modo particolare quelle riguardanti il commercio, le relazioni di frontiera ecc. sarebbero state elaborate a Torino.

Fu così che al principio del 1865 le trattative poterono essere riprese. Ma, mentre i lavori d'Italia procedevano alquanto spediti, quelli di Berna si imbattevano ogni giorno in nuove difficoltà: ci si permetta di ricordare a mo' d'esempio che non fu assolutamente possibile cadere d'accordo sulla convenzione relativa alla proprietà letteraria, artistica ed industriale e nemmeno sulla questione del foro delle azioni personali.

Come se tutto ciò non fosse bastato per intralciare il cammino delle pratiche, altri avvenimenti esteriori dovevano aggiungere il loro contributo negativo e ritardare ancora di qualche tempo il già poco celere proseguimento dei negoziati. Sono questi, oltre al trasloco del marchese Caracciolo, successo al Jocteau e che il governo reale aveva destinato per un'altra sede, lo scoppio della guerra del 1866, che impegnava l'Italia e ne assorbiva tutte quante le sue attività. Mancava per di più l'elemento dell'assoluta necessità che, come abbiam visto, era stato momentaneamente risolto colla concessione reciproca della clausola della nazione la più favorita, clausola che aveva tolto ai trattati gran parte, se non della loro importanza, almeno della loro urgenza.

Fu così che potè verificarsi una nuova interruzione durata per tutta la permanenza del conte Mamiani e del cav. Cerutti, inviati provvisoriamente accreditati di S. M. il Re d'Italia. Solo al senatore Melegari, che loro successe e che, con mano ferma, si occupò dell'oggetto, doveva esser concesso di condurre in porto le trattative e di giungere così alla conclusione dei trattati firmati a Berna il 22 luglio 1868. Lo stesso giorno a Firenze, sede transitoria della capitale

del regno, il ministro svizzero Pioda ed il presidente del ministero italiano Manabrea, impegnavano le loro rispettive nazioni nel trattato di commercio ed in quello relativo alla proprietà letteraria ed artistica che era stato nel frattempo, su proposta del governo italiano, trasportato a Firenze, dopo l'avvenuta intesa a Berna riguardo ai punti principali.

« *Le pratiche eran durate così, se si tralasciano quelle preliminari, quasi quattro anni circa, intervallo durante il quale i delegati furono cambiati 5 volte ed i ministeri italiani quasi altrettanto sovente, circostanza che ha comportato spesso un cambiamento completo d'istruzioni e ha contribuito in modo non trascurabile a rendere più difficili i negoziati* » (1).

Occupiamoci ora brevemente del trattato consolare e di domicilio.

Le successioni vi trovarono posto in un primo tempo nell'art. 9 del progetto di convenzione, vennero più tardi stralciate, per poi ricomparire, sotto identiche spoglie, agli art. 3 e 17 della stipulazione definitiva.

Questi articoli, unitamente al trattato di cui fanno parte ed alle altre tre convenzioni più volte citate, vennero sottoposti all'esame d'una speciale commissione del Consiglio degli Stati che, in un suo messaggio, ne propose la ratifica.

Riguardo agli art. 3 e 17 il rapporto in questione si esprime nel modo seguente: « *L'art. 3 contiene le disposizioni dei vecchi trattati italiani sulla libertà di domicilio e formula lo obbligo di trattare sullo stesso piede gli svizzeri e gli italiani per ciò che concerne l'apertura o la liquidazione delle successioni come pure le tasse ereditarie. All'incontro esso non accenna alla questione di sapere secondo quale legislazione verranno determinate le eventuali disposizioni testamentarie d'un testatore, vale a dire se sarà decisiva la legislazione del luogo di domicilio oppure quella del luogo d'origine. E pertanto questa stessa questone è d'importanza tutt'altro che trascurabile per i cittadini di ambedue gli Stati.*

(1) Messaggio del Consiglio Federale all'Assemblea Federale del 9 ottobre 1868, pag. 5.

*Esiste un' intima correlazione fra l'art. 3 e l'art. 17, secondo il quale, le contestazioni che venissero a sorgere riguardo alla successione di uno svizzero morto in Italia devono essere portate davanti al giudice svizzero. Noi ammettiamo quindi come evidente che l'indicazione del giudice comprende anche quella della legislazione d'applicare e che le sentenze in materia di successione emesse in Isvizzera riceveranno senza opposizione l'*exequatur *in Italia e viceversa. La commissione reputa nondimeno che un'esplicita disposizione a questo riguardo sarebbe non solamente utile ma ancor più necessaria, affinchè non esista dubbio veruno su d'un punto così importante. Ciò ci sembra ancor più indispensabile perchè l'assenza di qualsiasi disposizione di questo genere dà luogo a gravissimi inconvenienti nelle nostre relazioni colla Francia, particolarmente quando le successioni comprendono dei beni immobili. Inoltre l'art. 17 non si riferisce che al caso di contestazioni fra eredi; ora è pure possibile che dei conflitti sorgano fra gli eredi e le autorità dello Stato, principalmente quando trattasi di trasferire dei titoli o di trascrivere una proprietà sui registri fondiari.*

Infine l'art. 17 contiene una disposizione, che, secondo noi, non può essere ammessa. Questo articolo è così concepito: — Le controversie che potessero nascere tra gli eredi di un italiano morto in Isvizzera riguardo all'eredità da lui relitta, saranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che l'italiano aveva in Italia. La reciprocità avrà luogo nelle controversie che potessero nascere tra gli eredi di uno svizzero morto in Italia. —

Questa disposizione può essere naturalissima e conveniente per l'Italia, poichè non v'ha che un'unica legislazione per tutta la penisola e che di conseguenza l'italiano è sempre sottomesso alle sue proprie leggi, qualunque sia il domicilio del giudice. Ben diversa è invece la situazione dello svizzero che vive sotto l'impero di legislazioni diverse ed il cui diritto personale varia seguendo il Cantone ed il giudice. Il ginevrino per esempio che, prima di stabilirsi in Italia, avrebbe passato qualche anno a Berna, sarebbe, secondo il testo del trattato, sottomesso, per ciò che riguarda le sue disposizioni testamentarie, alle leggi del

Cantone di Berna e non a quelle del Cantone di Ginevra ed i suoi eredi potrebbero essere obbligati a portare le loro contestazioni davanti ad un giudice a loro completamente straniero. Non c'è assolutamente alcun motivo che suffraghi questa soluzione: sarebbe quindi molto più naturale che le controversie relative alla successione d'un ginevrino morto in Italia venissero portate davanti ai tribunali di Ginevra e giudicate secondo le leggi di questo Cantone.

La commissione è quindi del parere che è il caso d'invitare il Consiglio Federale a far riconoscere formalmente dal Governo italiano, in una dichiarazione supplementare, che le disposizioni concernenti le successioni sono regolate dalle leggi del luogo di origine e che, in caso di contestazione fra gli eredi di uno svizzero morto in Italia, il giudice del luogo d'origine del defunto e non quello del suo ultimo domicilio è competente di pronunciarsi (1).

Il Consiglio degli Stati si occupò della ratifica delle convenzioni con l'Italia nella sua seduta dell'8 dicembre 1868. Nella votazione che seguì i dibattiti, l'opinione della maggioranza della commissione ebbe la meglio ed il Consiglio degli Stati si pronunciò, con 28 voti favorevoli contro 4 contrari, per la ratifica delle convenzioni.

L'oggetto passò quindi al Consiglio Nazionale che se ne occupò nelle sedute del 16 e del 18 dicembre. Una commissione *ad hoc* composta dai sigg. Stehlin, Battaglini, Bernold, Büzberger, Jenny, Fierz e Friderich propose, per mezzo del suo ufficio presidenziale, la conferma del voto emanato dal Consiglio degli Stati.

Ma nella discussione che ne seguì, Büzberger propose di procedere riguardo al trattato di domicilio e consolare alla seguente decisione: « *Il Consiglio Federale è invitato a far in modo che l'ultimo allinea dell'art. 17 del trattato di*

(1) Rapporto della commissione del Consiglio degli Stati incaricata dello esame dei trattati conchiusi, il 22 luglio 1868, fra la Confederazione Svizzera ed il Regno d'Italia - pag. 15|16.

domicilio venga con una posteriore dichiarazione modificato come segue:

Le controversie che potessero nascere fra gli eredi di uno svizzero morto in Italia riguardo all'eredità da lui relitta, saranno portate davanti al giudice del luogo d'origine del defunto ».

L'aggiunta di questo invito fu accettata dalla maggioranza del Consiglio, il quale, in una votazione susseguente, dichiaravasi favorevole, con 187 voti contro 13, alla ratifica dei trattati ai quali, come abbiam visto, apparteneva quello consolare e di domicilio. La piccola aggiunta causava però il rinvio dell'oggetto davanti al Consiglio degli Stati che non fece però difficoltà alcuna per accettarla.

Il Consiglio Federale procedeva quindi a darne comunicazione al Governo italiano che, in data 21 febbraio 1869, rispondeva, per mezzo del suo ministro plenipotenziario a Berna, Melegari, dichiarandosi pronto a sottoscrivere la modificazione che il Consiglio Federale avrebbe creduto opportuno di proporre, onde mettere in armonia l'allinea dell'art. XVII della convenzione di domicilio e consolare con la riserva contenuta nella risoluzione dell'assemblea federale (1).

I due Stati si accingevano quindi di comune accordo all'elaborazione d'un protocollo da annettere al trattato in questione, protocollo che, in un primo progetto dell'8 marzo 1869, constava di 6 articoli e che fu poi ridotto, nella sua redazione definitiva del 12 maggio 1869, a compendiarne solo 5. L'art. IV tratta della riserva svizzera e stabilisce: « *Il governo reale ammette che, conformemente alla riserva fatta dall'assemblea federale riguardo all'ultimo allinea dell'art. 17 della convenzione suddetta, le contestazioni che potessero sorgere fra gli eredi per causa dell'eredità di uno svizzero morto in Italia, dovranno essere sempre deferite al giudice del luogo d'origine del defunto* ».

Da parte italiana la camera dei deputati si occupò del trattato di commercio a partire dal 28 gennaio 1869 e, dopo

(1) Arch. Fed., Gli atti relativi al trattato del 1868.

un dibattito interessante e irto di fatti personali, lo ratificò con 164 voti favorevoli, 33 contrari e due astenuti.

Le convenzioni annesse invece non vennero nemmeno discusse. Questo fatto non meriterebbe certo di venir rilevato e non ci occuperebbe più a lungo, se non fossimo a conoscenza d'un dubbio ch'esso sollevò in un caso pratico. In una sentenza del tribunale federale in data 2 marzo 1916 (1), noi possiamo rilevare che una parte contendente, basandosi sulla mancata ratifica delle convenzioni da parte della camera italiana, ne deduceva l'inesistenza e quindi, in via di conseguenza, la loro inapplicabilità. Il Tribunale Federale, poggiandosi sul fatto che la parte stessa, in un secondo tempo, aveva lasciato cadere l'argomento e deducendo da questo atteggiamento la sua scarsa fiducia in esso, non ha creduto opportuno di confutarlo ed ha rimandato alle esaurienti risposte del tribunale di prima istanza e della corte di appello di Friborgo. La refutazione di questi ultimi non ci è nota, ad ogni modo noi opiniamo che per essere giusta essa debba aggirarsi attorno ai seguenti argomenti:

1) Questa ratifica non era di competenza della camera italiana. Infatti secondo la costituzione del Regno d'Italia, art. 5, il Rè, come capo del potere esecutivo, è reputato competente a concludere trattati di pace, di alleanza ed altri, con l'obbligo soltanto di darne notizia alla camera. I trattati poi che importino onere alle finanze o variazioni di territorio dello Stato, non diventano effettivi se non dopo l'approvazione delle camere. Quando secondo la legge costituzionale dello Stato la ratifica non è richiesta, il trattato concluso dal plenipotenziario e da lui sottoscritto senza riserva di ratifica, in forza dei pieni poteri conferitigli ed esibiti all'altra parte ed entro i limiti tassativamente in essi indicati, deve ritenersi definitivo e perfetto dal giorno in cui sia stato sottoscritto.

La ratifica non può essere considerata come un requisito sostanziale per la conclusione del trattato, nel caso però che,

(1) Trib. Fed., vol. 42|1, pag. 108.

secondo la legge costituzionale, il sovrano dello Stato abbia la capacità di concluderlo. In tal caso nulla osta a che il sovrano, come capo supremo dello Stato, deleghi la potestà a lui spettante al plenipotenziario, munendolo del pieno potere di concludere definitivamente il trattato e di sottoscriverlo in nome di lui. Dato che ciò si verifichi deve ammettersi conseguentemente che il trattato, sotto il rispetto delle obbligazioni internazionali assunte dal capo dello Stato, debba reputarsi perfetto e definitivo per tutti gli effetti che da esso possano derivare, nei rapporti con le altre parti contraenti, indipendentemente dalla ratifica (1).

2) Se non direttamente, un'approvazione indiretta da parte della Camera esiste nel fatto che, accettando il trattato di commercio, essa ha anche implicitamente acconsentito alle convenzioni annesse, al trattato di commercio per mezzo di articoli speciali indissolubilmente legate. A quest'uopo non consideriamo superfluo di aggiungere quanto ebbe a riferire il deputato Sormani Moretti, relatore della commissione della Camera italiana incaricata dell'esame del trattato di commercio: « *Del resto debbo rammentare alla camera che noi siamo solamente chiamati a dare il nostro voto su questo trattato di commercio; non già siamo chiamati a dare il voto su quegli altri patti sussidiari della convenzione d'estradizione, del trattato di stabilimento e consolare e di quello sulla proprietà letteraria, perchè, non portando essi alcuna alterazione al bilancio dello Stato, nè una modificazione di territorio, non è necessario, a tenore dello statuto, che siano sottoposti all'approvazione del potere legislativo. Che se noi non siamo chiamati a dare il nostro voto partitamente per ognuno di quei patti sussidiari, noi nel giudicare il presente trattato di commercio dobbiamo tener conto dei considerevoli vantaggi da noi, con quelle diverse stipulazioni, ottenuti. E poichè quei patti formano un solo assieme e fu stabilito che contemporaneamente a questo trattato debbono essere ratificati e messi in vigore, se non possiamo mettere per*

(1) *Fiore*. Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica, § 75, pag. 352.

conto loro sulla bilancia un valore numerico tradotto materialmente in cifre, dobbiamo però mettervi un valore morale » (1).

3) La pratica costante dei due Stati è contraria ad una simile pretesa.

Il trattato di domicilio e consolare del 22 giugno 1868 venne disdetto: esso avrebbe dovuto scadere col 31 dicembre 1920, è stato però prolungato fino al 31 dicembre 1921 e rimane da allora in vigore, denunciabile da tre mesi in tre mesi (2).

---

(1) Gazzetta officiale: Camera dei deputati, pag. 544|9.

(2) Foglio fed. 1921, vol. II, pag. 348.

Cap. 2 - Gli effetti del trattato consolare e di domicilio riguardo alle successioni.

I. Della capacità di disporre e della capacità di succedere.

L'art. 3 del trattato consolare e di domicilio si pronuncia nel senso che tanto gli svizzeri in Italia, quanto gli italiani in Isvizzera, hanno facoltà di disporre della loro sostanza come i cittadini e che la capacità di succedere degli uni e degli altri è libera da ogni restrizione vessatoria. Ne facciamo seguire il testo integrale: « *Le dichiarazioni in data 11 agosto e 10 settembre 1862 state scambiate tra il Governo italiano ed il Consiglio Federale svizzero per constatare l'estensione a tutte le provincie del Regno d'Italia delle anteriori stipulazioni che avevano abolito i diritti di tratta foranea tra la Svizzera e la Sardegna, sono confermate, e le loro disposizioni sono completate come segue:*

I cittadini di ciascuna delle parti contraenti potranno prendere possesso e disporre di un'eredità lor toccata per legge o per testamento in un territorio qualunque dell'altra, come i cittadini del paese stesso, senza essere sottoposti ad altre condizioni o a condizioni più onerose, cui non siano soggetti quest'ultimi. Avranno libertà piena e intiera di acquistare, possedere, sia in via di compere, di vendite, o donazioni, permuta, matrimonio o testamento o successioni ab intestato *o di altra maniera qualsia, ogni specie di proprietà mobile ed immobile di che le leggi del paese permettano ai nazionali il possesso, e di disporne. Gli eredi ed i rappresentanti potranno succedere e prendere possesso di questa proprietà sia per atto loro proprio, sia mediante incaricati agenti in loro nome e inerentemente alle ordinarie formalità di legge, come fanno i cittadini del paese. In assenza degli eredi o dei rappresentanti, la proprietà sarà trattata egualmente come lo sarebbe in consimili circostanze quella di un cittadino del*

paese. A tutti questi riguardi, essi non pagheranno sul valore di tale proprietà nessuna imposta, contribuzione o aggravio nè diverso nè maggiore di quelli cui sono sottoposti i cittadini del paese. In tutti i casi sarà permesso ai cittadini delle due parti contraenti, di esportare la loro sostanza, cioè i cittadini italiani dal territorio svizzero e i cittadini svizzeri dal territorio italiano, liberamente, senza essere sottoposti all'atto dell'esportazione a pagare un diritto qualunque come forestieri, e senza essere obbligati a pagare altri nè maggiori diritti di quelli ai quali saranno sottoposti i medesimi cittadini del paese ».

Tale disposizione non costituisce pertanto un'innovazione del trattato. Infatti già il 5 novembre 1862, vale a dire 6 anni prima, aveva avuto luogo a Torino uno scambio di dichiarazioni fra il Consiglio Federale svizzero ed i Governo italiano, onde por fine definitivamente al diritto d'albinaggio ed a quello di detrazione. Stabilivano le dichiarazioni che tanto gli svizzeri in Italia, quanto gli italiani in Isvizzera, potevano essere chiamati liberamente in una successione sia testamentaria che *ab intestato*.

Questi principi che appaiono oggi ai nostri occhi come norme comuni a tutti gli Stati civili e come premesse indispensabili per lo sviluppo del diritto internazionale privato, costituivano allora i primi frutti di una faticosa quanto ardita innovazione. Essi erano poi assolutamente indispensabili in una convenzione che si prefiggeva di regolare la legge ed il foro competenti per una data devoluzione ereditaria; giacchè se nessuno avesse potuto disporre per ultima volontà od esercitare diritti di successione all'infuori del proprio Stato, sarebbe stato perfettamente superfluo stabilire da qual legge tali diritti avessero dovuto essere regolati.

II. Legislazione applicabile e competenza giudiziaria.

Tanto l'art. 17 del trattato consolare e di domicilio del 1868 quanto l'art. IV del protocollo annesso, dopo aver indicato le condizioni necessarie alla loro applicazione e delle

quali ci riserviamo di parlare nel capitolo seguente, stabiliscono che le contestazioni a loro sottoposte verranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che l'italiano ha avuto in Italia o, se trattasi di uno svizzero, davanti al foro del suo luogo d'origine.

La competenza deferita dai nostri articoli è dunque, in primo luogo, una competenza giudiziaria. Nessuna sentenza e nessun autore hanno mai contestato, per quanto è a nostra conoscenza, la attendibilità di questo postulato. Quando dunque l'italiano ha avuto il domicilio in Italia e lo svizzero rispettivamente possiede un solo Cantone d'origine, nessuna incertezza è possibile: il giudice di questi due luoghi è competente a norma degli articoli citati. Come procedere invece quando l'italiano non ha mai avuto alcun domicilio in patria oppure nel caso che lo svizzero possegga la attinenza di più cantoni? Certamente queste circostanze non sono sufficienti per rendere il trattato inapplicabile e noi reputiamo ch'esse possono venir risolte nel modo seguente: per l'italiano che non è mai stato domiciliato nel proprio paese è competente il giudice dell'ultimo domicilio che i suoi genitori (o meglio suo padre) possedevano in patria. Non sappiamo però se la pratica è conforme alla nostra soluzione o se, anche in Italia come già in Francia (se è lecito credere alle assicurazioni di Boissonas) ([1]), gli attori sono usi a portare le loro azioni davanti al tribunale nazionale più vicino alla frontiera.

Parimenti la successione di uno svizzero, morto domiciliato in Italia ed avente contemporaneamente diversi Cantoni d'attinenza, sarà portata davanti al giudice di quel luogo di origine dove, come lo prescrive l'art. 22 del C. C. S., il defunto possedette l'ultimo suo domicilio o, qualora egli non avesse mai avuto alcun domicilio in un cantone d'origine, davanti al tribunale di quel Cantone, dove egli stesso od i suoi ascendenti avevano da ultimo acquistato la cittadinanza.

---

(1) *Boissonas*. Les successions et la Convention franco-suisse du 15 juin 1869. Tesi Ginevra 1912, pag. 179.

Ma, se da un lato i precitati articoli si pronunciano per la competenza giudiziaria, dall'altro essi sono però muti per quello che riguarda la competenza legislativa. Come interpreteremo noi questo silenzio? Significa esso che gli stipulatori non hanno voluto occuparsi della legge competente per regolare le successioni o non vuol dire piuttosto ch'essi intesero accomunarla alla competenza giudiziaria? È questa la nostra opinione. Noi reputiamo infatti che gli art. 17/III del trattato e IV del protocollo non hanno fatto cenno alla competenza legislativa unicamente perchè la sottintesero. Poichè se queste due competenze sono completamente distinte, se è chiaramente comprensibile che un tribunale, una volta dichiarato competente, possa applicare una legge che non sia la sua, se teoricamente l'affermazione che il giudice applica sempre la sua legge è alquanto dubbia, ciò non significa affatto che nel nostro caso debba valere una competenza legislativa diversa da quella giudiziaria. La ragione va cercata prima di tutto nell'esistenza di una convenzione internazionale. Ci riuscirebbe infatti incomprensibile che un trattato riconoscesse la giurisdizione di un tribunale e gli permettesse nel contempo di giudicare secondo un'altra legge, ciò che priverebbe di ogni significato l'attribuzione esplicita di competenza. Oltre alla mancanza di senso di cui sarebbe stata intrisa la competenza giudiziaria voluta da un trattato, se privata dall'attribuzione simultanea della competenza legislativa, bisogna ricordare che la prima occupa una posizione subordinata e non può essere quindi considerata come attirante a sè la competenza legislativa, ben più importante, ma piuttosto come una conseguenza di quest'ultima, già *a priori* tacitamente ammessa. Senza dubbio gli Stati contraenti avevano innanzitutto in vista la competenza della legge nazionale, per loro ben più importante.

A queste ragioni di carattere generale è opportuno aggiungerne altre che, se per i diversi motivi che esporremo man mano, non meritano un riconoscimento incondizionato, hanno però sempre un valore d'indizio e contribuiscono a confermare la regola formulata più sopra.

Nel rapporto della commissione del Consiglio degli Stati noi possiamo leggere quanto segue: « *Noi ammettiamo dunque come evidente che la designazione del giudice comprende anche quella della legislazione applicabile* » (1).

Ma tanto questo argomento, come tutti quelli dedotti dall'opinione del Consiglio Federale in altre convenzioni simili e specialmente in quella franco-svizzera, oppure certe affermazioni officiali, come quella contenuta nel rapporto annuale del Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia sulla sua gestione del 1888 (2), non hanno un valore illimitato; essi possono tutt'al più servire e puntellare un'opinione, non a fondarla: troppo chiaro essendo il loro carattere unilaterale, che non potrebbe per nulla obbligare il giudice italiano.

Quest'eccezione non potrebbe essere sollevata con successo contro lo scambio di note tra il Dipartimento svizzero di Giustizia e di Polizia e la legazione italiana di Berna. Ambedue queste autorità hanno ammesso l'applicazione del diritto materiale del paese d'origine del defunto. Esse sono giunte al seguente risultato: « *Ora, se il testo di queste disposizioni non concerne che la questione di foro, l'attribuzione delle contestazioni in materia di successioni alla competenza del giudice del luogo d'origine ha nondimeno come conseguenza il fatto che questo magistrato applicherà* il diritto materiale della sua giurisdizione. *Infatti, è difficile poter ammettere che, dichiarando competente il giudice del luogo di origine, la convenzione abbia voluto costringere questo magistrato ad applicare il diritto materiale dell'altro Stato contraente.*

Lo scambio di vedute fra il Dipartimento e la legazione italiana è dunque giunto a constatare, di comune accordo, che il diritto materiale del luogo d'origine del defunto è applicabile alla successione d'un italiano morto in Isvizzera e d'uno svizzero morto in Italia ».

---

(1) Rapporto della Commissione del Consiglio degli Stati, pag. 15.

(2) A pag. 19 "C'est la législation du pays d'origine qui est compétente„.

Non ci troviamo più questa volta di fronte ad una dichiarazione unilaterale, ma ciò nonostante non è lecito concludere ad una sua portata assoluta, avendo le due parti reputato opportuno di aggiungere a quanto è stato detto sopra: « *Tuttavia, le due parti hanno dovuto fare questa riserva: che si tratta essenzialmente di questioni che devono essere decise dai tribunali in caso di contestazione e che la libertà d'apprezzamento dei tribunali non è in modo alcuno influenzata dal risultato dello scambio delle dichiarazioni* ».

L'opinione che la competenza giudiziaria comporta nel nostro caso anche quella legislativa è inoltre sostenuta dalla dottrina e trova posto in molte opere giuridiche (1).

Ci occuperemo quindi d'ambedue simultaneamente, avvertendo già fin d'ora che quando non diremo nulla della loro opposizione, noi intenderemo che la questione di foro una volta risolta, comporta la decisione conforme anche per la legislazione applicabile.

Le soluzioni dell'art. 17/III del trattato e dell'art. IV del protocollo annesso non sono del tutto nuove. Esse ricordano le soluzioni adottate dal concordato sulla capacità di testare e sui diritti d'eredità del 15 luglio 1822 ed, almeno per quel che riguarda la competenza legislativa, quelle volute dal diritto internazionale italiano (2).

Come questi ultimi, esse si imperniano sui due encomiabili capisaldi dell'unità della successione e dell'applicazione della legge nazionale del defunto, di cui ci occuperemo in seguito.

III. L'unità della successione.

Abbiamo testè accennato che l'art. 17/III della nostra convenzione prescrive l'applicazione della stessa legge per tutta la successione qualunque sia il luogo in cui questa trovasi

(1) *Reichel.* Kommentar zum Schlusstitel des Z. G. B., pag. 136.
Meili. op. cit. II, pag. 199.
Curti. » » » 109.
Roguin. » » » 204.

(2) Art. 8 Disposizioni preliminari del Codice Civile italiano.

situata ed indipendentemente dalla natura degli elementi che la compongono, siano essi debiti o crediti, beni corporali od incorporali, mobili od immobili.

È questo il famoso principio dell'unità della successione già in auge a Roma, dove l'eredità veniva considerata come un'« *universitas* » che rappresentava il defunto, e l'erede, essendo il continuatore della persona di questi, entrava come tale in tutto il complesso di diritti e di doveri che il *decujus* aveva relitto.

Caduto in disuso all'epoca feudale, perchè inconciliabile col principio assoluto della sovranità dello Stato su tutte le cose situate sul suo territorio, il principio dell'unità della successione andò riacquistando lentamente terreno, la sua praticità ridivenne palese, si da permettergli di trovar adito nelle legislazioni moderne. Il suo riconoscimento da parte del trattato italo-svizzero del 1868 costituisce per quest'epoca un'ardita innovazione e questo sarà più facilmente comprensibile se si considera che le norme corrispondenti della convenzione franco-svizzera, stipulata un anno più tardi, non hanno saputo liberarsi completamente dalla famosa bipartizione fra beni mobili ed immobili.

Ma oltre all'essere un'innovazione, esso ne è anche un merito: e non di poca importanza.

Vien così finalmente abbandonato per ciò che concerne le successioni il sistema tanto famoso quanto infelice della *lex rei sitae*, che sottoponeva ogni singolo elemento della successione alla legge del territorio su cui questi trovavasi situato, obbligando perciò, qualora i beni erano ripartiti su territori diversi, a frazionare le successioni conformemente alla massima: « *tot hereditates, quot territoria* ».

E cadono con lui tutte quelle modifiche insane, escogitate più tardi per conservargli almeno in parte il suo campo d'azione e consistenti nella bipartizione fra beni mobili ed immobili, per i quali ultimi gli veniva conservato il regolamento. Insane modifiche, abbiamo detto, perchè non riusciamo a comprendere come mai si possa considerare come una

universalità giuridica il patrimonio se composto di mobili corporali ed incorporali e di non più considerarlo come tale se, oltre ai mobili, contiene degli immobili.

Nessun frazionamento quindi in seno alla successione: la stessa legge e lo stesso foro sono competenti per qualunque elemento di essa. Si dileguano le numerose anomalie che i sistemi precedenti traevano inevitabilmente seco: una volta raggiunta l'unità di foro e di legislazione, non può più verificarsi, come un tempo, che parti dello stesso patrimonio vengan sottoposte a leggi diverse di cui il *decajus* poteva ignorare le disposizioni e fors'anche l'esistenza, nè è più possibile all'erede quel procedimento singolare e bizzarro di accettare una parte dell'eredità situata in un dato paese e di respingere simultaneamente quella giacente in un altro; i debiti non arrischiano più di venire ripartiti sproporzionatamente sulle diverse poste dell'eredità, e non c'è più pericolo che un figlio venga considerato legittimo per una quota dell'eredità ed illegittimo per il resto, come non può più il medesimo individuo avere un diritto di legittima per un numero di beni ed esserne privo per gli altri. Sparisce, in una parola, quel complesso di circostanze che obbligava un uomo prudente a liberarsi in vita di tutti i suoi beni all'estero onde evitare una confusione riguardo ai debiti ed assicurarsi la protezione contro indesiderati eredi.

Il principio dell'unità della successione, tenuto oggi in grande considerazione e riconosciuto da una numerosa schiera di Stati, poteva allora, quando in seno alla Confederazione regnavano simultaneamente in materia di successioni principi così diversi, condurre a delle conseguenze strane e bizzarre. E Roguin, parlandone, afferma: « *Gli immobili di un vodese morto in Italia debbono essere liquidati secondo la legge vodese anche se situati nel Cantone di Ginevra, mentre se l'ereditando avesse cessato di vivere in qualsiasi altro luogo fuori d'Italia, le autorità ginevrine potrebbero applicare la loro legge ai beni situati sul loro territorio. Esse conserverebbero lo stesso diritto, non avendo Ginevra aderito al concordato del 1822, perfino nel*

caso in cui il defunto vodese fosse morto nello stesso Cantone di Vaud. In poche parole, la legge vodese è forzatamente applicabile agli immobili ginevrini quando il decujus *è morto in Italia mentre non lo è più quando questi muore nello stesso Cantone di Vaud. Ci troviamo quindi di fronte ad una anomalia manifesta* » (1).

Essa però, più che al principio dell'unità della successione, va attribuita alla mancanza a quell'epoca d'un diritto svizzero unitario ed alla discrepanza dei principi adottati dalle diverse leggi cantonali in materia di successioni. E questo può facilmente venir dimostrato se si considera ch'essa non è più possibile oggigiorno dopo l'introduzione del C. C. S., come non lo era allora riguardo ai Cantoni concordatari che professavano concordi il principio della legge d'origine per tutta la successione. Sacrificare l'unità della successione avrebbe significato per questi ultimi far sorgere anomalie simili a quella che si voleva evitare. Infatti la divisione in mobili ed immobili, colla conseguente sottomissione di questi alla *lex rei sitae*, avrebbe necessariamente condotto alle singolari conseguenze: che i beni di un cittadino di un Cantone concordatario situati in un altro Cantone concordatario verrebbero sottomessi alla legislazione di quest'ultimo se il cittadino fosse morto in Italia, mentre non lo sarebbero nel caso ch'egli avesse cessato di vivere nello stesso Cantone della situazione.

IV. La legge nazionale del decujus.

Una volta stabilita l'unità della successione, il trattato consolare e di domicilio procede a fissare la competenza legislativa e giurisdizionale e si pronuncia in favore del giudice e della legge nazionale del defunto.

Perchè mai questa soluzione? Non aveva la Svizzera maggior interesse nel far consacrare la regola che la legge del domicilio del defunto e non quella del suo luogo d'origine

(1) *Roguin.* Op. cit., pag. 321.

fosse decisiva per regolare nel suo complesso l'eredità da questi relitta?

Infatti numerose ragioni di carattere sia politico che privato militano in favore della legge del domicilio. Innanzitutto lo Stato ha il compito di fissare la sfera degli interessi dei singoli individui che abitano sul suo territorio e di garantir loro la difesa dei diritti che esso lor ha riconosciuti. Se questo suo compito si limitasse ai soli cittadini, qual garanzia mai potrebbe dar loro, poichè una parte degli abitanti del suo territorio sono eccettuati dal suo regolamento dei rapporti di diritto privato? Per ciò che riguarda gli individui poi, il farli partecipi delle leggi applicabili agli stessi cittadini deve essere considerato come un beneficio, piuttosto che come uno svantaggio. Essi vengono infatti pareggiati ai cittadini, godono delle loro prerogative che non fruirebbero secondo il diritto nazionale e, se anche talvolta la legge del domicilio contiene delle disposizioni particolarmente rigorose, esse vengono mitigate dal pensiero che i cittadini stessi, coi quali in seguito alla convivenza ed ai continui contatti sono diventate comune le abitudini, le sopportano e le accettano.

Inoltre, il domiciliato può solo difficilmente farsi istruire al suo domicilio sul suo diritto nazionale che generalmente non conosce ed il giudice stesso, di provata abilità nell'applicare la propria legge, non offre garanzie eccessive nel giudicare con una legge la cui « *ratio* » gli sfugge.

Malgrado queste ragioni che furono capaci più tardi di influenzare il legislatore svizzero nella stipulazione della legge del 25 giugno 1891, più volte citata, l'art. 17/III si pronuncia per la legge nazionale.

Egli è che, malgrado il pullulare di questa o quella ragione in favore del domicilio, la maggior parte dei Cantoni confederati, avendo aderito al concordato del 1822, praticava il principio della legge nazionale. Aggiungasi poi la volontà da parte italiana di informare le disposizioni del trattato alle norme generali cui ispiravasi il nuovo codice civile del Regno e che erano appunto favorevoli alla legge nazionale del *decujus*.

Fu così che si arrivò al sistema della *lex patriae*. La quale può d'altra parte venir suffragata da numerosi argomenti.

È il legislatore nazionale infatti che può con maggior perizia tener conto delle condizioni, dei bisogni, delle aspirazioni, delle tradizioni del popolo per il quale legifera. La cittadinanza ha inoltre un carattere di stabilità sconosciuto al domicilio, soggetto per la sua natura a facili e continui mutamenti a seconda dell'arbitrio degli interessati; di essa tutti hanno il medesimo concetto, mentre il significato del domicilio muta di paese in paese.

Bisogna poi ricordare a suffragio di questa opinione che certe istituzioni del diritto di famiglia, comportando l'acquisto della cittadinanza, sono strettamente legate col diritto pubblico; debbono quindi venir disciplinate dallo Stato la cui cittadinanza è in questione, perchè non è lecito pretendere che uno Stato accetti l'acquisto della propria cittadinanza, quando ciò avvenga in contraddizione colle proprie norme. Ora, diritto delle persone, delle famiglie e delle successioni si trovano in un rapporto di dipendenza tale (le prescrizioni dell'una hanno effetto anche nell'altra materia) che una sottomissione a leggi diverse non sarebbe per nulla desiderabile e condurrebbe a conflitti ed a complicazioni numerose.

L'applicazione della *lex patriae* fortifica inoltre il sentimento nazionale dei cittadini residenti all'estero.

Ma colla dichiarazione dell'applicabilità della legge nazionale del *decujus*, il problema non è ancora del tutto risolto. Resta da sapere quale legge e qual foro sono competenti internamente nella patria del *decujus*. A quest'uopo la convenzione distingue se trattasi di un italiano oppure di uno svizzero.

Per i primi vale la regola dell'art. 17 / III, vale a dire: sono competenti il foro e la legge dell'ultimo domicilio che il defunto italiano ha avuto in Italia. Abbiamo già avuto occasione di accennare che, qualora l'italiano in questione non avesse mai avuto il domicilio in patria, la legge italiana sarebbe ciò nondimeno applicabile. E Roguin osserva: « *Ma*

allora perchè non pronunciarsi unicamente per la legge d'origine? Infatti è certo che, malgrado il suo domicilio da lungo tempo in Isvizzera, la successione dell'italiano precedentemente domiciliato in Italia vien devoluta secondo le leggi italiane; la legislazione del domicilio nel paese di scelta è esclusa come tale. Allora bisognava abbandonare la nozione di domicilio e non parlare che della legge nazionale » (1).

Abbiamo già detto come la stessa norma valesse originariamente anche per le successioni degli svizzeri, le quali venivano sottomesse alla legge del Cantone dove il *decujus* aveva avuto il suo ultimo domicilio. Si era riconosciuta la competenza dell'ultimo domicilio nel paese d'origine, senza rimarcare che le autorità svizzere del Cantone d'origine sarebbero state spogliate del diritto di giudicare della successione di un nazionale a profitto di quelle del Cantone in cui l'ereditando ebbe il suo ultimo domicilio, prima di passare in Italia per morirvi.

Questa anomalia che prova purtroppo l'estrema facilità con la quale fu accolto dai delegati svizzeri il progetto dello articolo in questione, fu ben presto scoperta e già la commissione *ad hoc* del Consiglio degli Stati aveva, come abbiam visto, invitato ad eliminarla. Rimandiamo, per quello che può essere considerato lo sviluppo storico della questione, a quanto abbiamo scritto nel capitolo precedente e limitiamoci a soffermarci un istante sul suo risultato che è l'art. IV del protocollo.

Esso regola le successioni degli svizzeri morti in Italia e le sottopone alla competenza del giudice del luogo d'origine del defunto. Questa soluzione è perfettamente conforme a quella del concordato del 15 luglio 1822, al quale aveva aderito la maggioranza dei Cantoni della Svizzera tedesca, e che si era pronunciato per la legge del luogo di origine del defunto come quella alla quale la successione avrebbe dovuto essere sottomessa. Donde risultava che, per i Cantoni concor-

(1) *Roguin*. Op. cit., pag. 322.

datari, le successioni dei loro cittadini morti in Italia, erano sempre disciplinate dalla legge del loro Cantone d'origine, sia che il trattato italo-svizzero venisse applicato o meno. Per le successioni dei cittadini dei Cantoni non concordatari invece, l'applicazione del trattato aveva una grande importanza. Difatti, a seconda che il trattato era applicabile o no, esse venivano sottomesse alla legge del luogo d'origine od a quella del luogo dell'ultimo domicilio dell'ereditando.

L'introduzione poi della legge fed. del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti, che sottoponeva le successioni alla legge dell'ultimo domicilio del defunto, fatta eccezione del caso in cui quest'ultimo non avesse fatto uso della *professio juris* in favore della legislazione del suo Cantone di origine, estese a tutti i cittadini della Confederazione questa situazione, propria fino ad allora ai cittadini dei Cantoni non concordatari.

Lo stesso dicasi per il C. C. S. che, come abbiamo visto, si limita a rimandare alle disposizioni della legge suaccennata. Bisogna però ricordare che, comportando l'unificazione del diritto svizzero e sostituendosi così alle legislazioni cantonali, esso ha contribuito, almeno in gran parte, ad abolire la possilità di simili conflitti.

Quanto abbiamo testè esposto, vale esclusivamente per la competenza legislativa e non concerne in modo alcuno quella giurisdizionale.

Cap. 3 - Condizioni per l'applicazione del trattato.

I. La cittadinanza del decujus.

La prima premessa dell'art. 17 del trattato e dell'art. IV del protocollo annesso non presenta, per la sua interpretazione, alcuna difficoltà. Il testo dei dispositivi è sufficientemente chiaro: il trattato consolare e di domicilio è applicabile soltanto per le successioni relitte da un *decujus* svizzero o italiano.

Boissonas ritiene che questa esplicita dichiarazione del trattato debba ritenersi superflua, perchè, secondo lui, una convenzione conchiusa fra due Stati deve limitarsi a regolare i rapporti dei loro rispettivi cittadini e non ha diritto di estendersi alle questioni riguardanti i cittadini di un terzo Stato (1). Ma l'autore prefato incorre — a nostro giudizio — in un errore sostanziale: egli dimentica, che è assolutamente impossibile limitare gli effetti di una convenzione successorale ai soli cittadini dei due Stati contraenti; poichè se anche — come abbiamo visto — la convenzione è dichiarata inapplicabile alla successione d'un *decujus* straniero ai due Stati contraenti, essa può influenzare — e influenza sovente nella persona di uno o di più eredi — la situazione successorale dei cittadini di un terzo Stato; in realtà dal momento in cui il trattato opta per l'uno qualunque dei sistemi suesposti, esso diventa applicabile, nelle successioni internazionali, a degli stranieri: se la nazionalità del *decujus* è dichiarata preponderante, la nazionalità, qualunque essa sia, degli eredi diviene inoperante e viceversa; in un caso come nell'altro, la convenzione può originare degli effetti in confronto di cittadini di un terzo Stato; i negoziatori hanno scelto il sistema della nazionalità del *decujus*: con ragione, perchè è il più

(1) *Boissonas.* Op. cit., pag. 41.

semplice — un solo *decujus* al posto di diversi eredi — e il più giusto, perchè più conforme alla presunta volontà del defunto (1).

La dichiarazione esplicita dell'art. 17 è dunque tutt'altro che superflua: basterà a dimostrarlo il fatto che la giurisprudenza in casi analoghi è incorsa in errori malgrado il testo incontestabile, « *a fortiori* » vi sarebbe caduta quando questi fosse stato silente (2).

Solo dunque le successioni di svizzeri e di italiani possono invocare l'applicazione dell'art. 17, non quelle di uno straniero, anche nel caso che svizzeri o italiani fossero interessati nelle successioni.

Nè maggior importanza può avere il fatto che i beni, specialmente immobili, di questo straniero siano situati in Isvizzera o in Italia. Ne consegue che l'art. 17 è applicabile alle successioni di svizzeri o di italiani (naturalmente solo nei casi che esamineremo in seguito) anche quando i loro eredi fossero tutti stranieri, nel senso italo-svizzero di questo termine.

La cittadinanza degli eredi è completamente indifferente. La giurisprudenza è unanime su questo punto.

Non essendo i concetti di cittadinanza perfettamente identici nelle due legislazioni, ne consegue la possibilità di alcuni conflitti che possono essere riassunti:

a) *Conflitto positivo.* La persona è simultaneamente investita delle due cittadinanze.

b) *Conflitto negativo.* La persona è sprovvista delle due cittadinanze o, come si usa giuridicamente, è apolide.

L'art. 17 del trattato è applicabile a queste due categorie di persone?

---

(1) *Châtenay*. Op. cit., pag. 20.

(2) Confr.: Trib. de la Seine 5 agosto 1875. Esso dichiara che "l'on doit appliquer à toute succ. intéressante un suisse la règle générale écrite dans l'art. 5 „. Si trattava di un brasiliano morto a Parigi lasciando eredi svizzeri in Isvizzera. Le Droit novembre 1875.

Ovvia è la questione riguardo agli apolidi. L'art. 17 non è loro applicabile. Infatti, non essendo essi nè svizzeri, nè italiani, non cadono sotto il dominio dell'articolo e non hanno quindi il diritto di invocarlo; di più i due Stati hanno con la convenzione voluto intervenire a mitigare le condizioni dei loro rispettivi cittadini, non avevano quindi interesse alcuno di crear benefici a favore di terzi che non li riguardano. Per gli apolidi vale quindi il diritto internazionale comune.

Meno semplice è invece il caso della doppia nazionalità. Ciò non toglie che tanto la giurisprudenza, quanto la dottrina, sono unanimi nell'escludere anche in questo caso l'applicazione del trattato. Tali cittadini in possesso della doppia cittadinanza vengono semplicemente considerati in ogni Stato contraente come « cittadini propri ».

Il Tribunale Federale ha ripetutamente affermato un punto di vista simile riguardo ai rapporti franco-svizzeri che sono, su questo oggetto, perfettamente analoghi a quelli italo-svizzeri. Così una sentenza del 5 maggio 1898 dichiara: « *Quando un cittadino svizzero che possedeva pure una nazionalità straniera viene a morire in Isvizzera, dove aveva il suo domicilio, la sua successione deve essere regolata dalla legge di questo domicilio e non dalla legge straniera, perfino nel caso in cui il defunto avesse dichiarato di voler sottomettere la sua successione alla legge del paese straniero di cui è contemporaneamente cittadino* » (1).

Questo ragionamento vien approvato senza riserva da Châtenay (2) e da Hohl (3).

Praticamente allo stesso risultato, sebbene per altra via, debbono giungere i teorici della cittadinanza Bluntschli e Sauser-Hall: il primo colla sua teoria di prevalenza della cittadinanza collimante col domicilio, il secondo col sistema

(1) Sentenza Trib. Fed. cfr. *Châtenay*. Op. cit., pag. 25.
(2) *Châtenay*. Idem, idem.
(3) *Hohl*. Op. cit., pag. 69.

geniale della cittadinanza alternativa, secondo il quale deve venir stabilita la cittadinanza più reale, sia per mezzo del domicilio più recente, sia, in mancanza di questo, per mezzo di circostanze concludenti: come p. e. l'ultima cittadinanza acquisita, lo Stato col quale vennero conservate le relazioni più seguite, nel quale si è prestato servizio militare e si sono esercitati i diritti politici, ecc.

Interessante può essere ancora il caso di doppia cittadinanza, dove la cittadinanza d'uno Stato contraente (Svizzera ed Italia) esista a lato di quella di un terzo Stato. Perroud (1) e Hohl (2) sono d'avviso di rendere applicabile la *lex fori.*

Weiss all'incontro propone di dare la preferenza a quella legge che sia più prossima alla *lex fori.*

Dal canto nostro, non vediamo la ragione di sottomettere la questione alla *lex fori*; prestando il sistema della cittadinanza alternativa al prof. Sauser-Hall, noi riteniamo applicabile la legge della cittadinanza confermata dal domicilio più recente od, in mancanza di questo, dalle circostanze concludenti.

Abbiamo così analizzato il fattore « *cittadinanza del defunto* » che rappresenta la prima premessa dell'art. 17. Ci sentiamo pertanto in dovere di sottolineare che, essendo una premessa, esso deve venir risolto prima dell'applicazione dell'articolo: non sarà quindi la legge ed il foro, da questo prescritti, che saranno competenti, ma bensì la legge personale o nazionale ed il foro della apertura « *di fatto* » della successione.

---

(1) *Perroud.* Journal de droit international Clunet, pag. 175.
(2) *Hohl.* Op. cit., pag. 70.

II. Il domicilio del defunto.

Il secondo requisito per l'applicazione dell'art. 17 parrebbe, a prima vista, dopo quello della cittadinanza, la circostanza della *morte del* decujus *in quello dei due paesi contraenti del quale non è cittadino*. Donde la conseguenza logica che il dispositivo del trattato non è applicabile quando il *decujus* muore in patria od in uno Stato estero, nel senso italo-svizzero della parola, mentre lo diviene quando questi sia morto, anche solo fortuitamente, nello Stato contraente che non sia la sua patria.

Il domicilio al momento della morte non viene considerato. Un rigoroso esame del senso grammaticale dell'articolo in questione non ammette più dubbio alcuno: il testo è chiaro ed esplicito.

Nessuno però oserà contestare il carattere essenzialmente arbitrario di questa regola, che fa dipendere da una circostanza puramente fortuita, come quella del luogo della morte, l'applicazione di una norma di importanza internazionale. Infatti, chi non vede quale incoerenza immane essa comporta, sottoponendo al trattato che — sia detto incidentalmente — prescrive l'applicazione del diritto del paese d'origine del defunto, la successione d'un italiano domiciliato in Italia e morto fortuitamente in Isvizzera, mentre la esclude nel caso di un italiano domiciliato in Isvizzera e morto fortuitamente in patria od in un terzo Stato? Chi non sa rendersi conto quanto bizzarra sarebbe questa soluzione, che, mentre largirebbe al cittadino italiano il suo diritto nazionale, che già gli spetta secondo il diritto comune, glielo rapirebbe invece laddove questo potevagli essere utile?

Se il principio del luogo della morte è insufficiente, o meglio inapplicabile, con quale altro dobbiamo sostituirlo? Ce lo suggerisce Brocher: « *Ce qui importe en droit, c'est le domicile du défunt, parce-que c'est là que la succession s'est*

ouverte » (1). E con lui Boissonas, che dice: « *Solo il domicilio del defunto nell'altro Stato contraente è necessario per la applicazione del trattato e il fatto puramente accidentale della morte avvenuta in questa o quella località non ha importanza alcuna* » (2). Il domicilio è infatti la relazione giuridica che costituisce un vincolo di diritto tra il luogo e la persona: dimora e residenza sono entrambe semplici relazioni di fatto della persona col luogo.

Di più è il domicilio che domina nel diritto comune la materia di competenza giudiziaria riguardo alle successioni. A suffragare questa scelta molti argomenti possono essere addotti:

1) Scopo del trattato doveva essere in primo luogo quello di evitare i conflitti di competenza che avrebbero potuto elevarsi, fra i tribunali dei due Stati, riguardo alla successione dei loro rispettivi cittadini. Ora, questi conflitti provengono esclusivamente dal fatto che la persona in questione aveva il domicilio in uno di essi. Il trattato raggiunge quindi il suo scopo solo se la competenza speciale ch'esso stabilisce non è indipendente da questo domicilio ed ha un'altra base che non il luogo più o meno fortuito della morte.

2) Se il luogo della morte meritava di essere considerato, doveva essere completamente indifferente il domicilio, anche quando questi si fosse trovato in un terzo Stato. Ed allora le clausole del Trattato sarebbero in opposizione manifesta colle regole di competenza vigenti su questo territorio; negando il diritto di giudicare a dei tribunali che sono quelli dell'apertura della successione, esse usurperebbero un dominio che loro non spetta e, in ogni caso, farebbero opera vana (3). Così, invece d'appianare un conflitto, esse ne creerebbero dei nuovi.

---

(1) *Brocher*. Commentaire du Traité franco-suisse, pag. 53.
(2) *Boissonas*. Op. cit., pag. 56.
(3) *Weiss*. Droit international privé, vol. V, pag. 172.

3) Questa opinione fu confermata in un primo tempo da una sentenza del Tribunale Federale (1) che argomentava come segue: « *Considerando il fine e lo spirito della convenzione internazionale, bisogna ammettere che le parti contraenti non hanno voluto regolare la sostanza delle successioni, come del resto hanno fatto, che per il caso in cui si tratta di un testatore* domiciliato *in quello dei due paesi del quale non è cittadino. Infatti, all'infuori del caso, difficilmente ammissibile, che le dette parti abbiano voluto far dipendere la questione della applicazione e della non applicazione del trattato da una circostanza fortuita od accidentale, come quella della morte avvenuta inopinatamente durante un viaggio o durante un soggiorno di poca durata, l'interpretazione dei ricorrenti condurrebbe a delle conseguenze pratiche intollerabili, che il trattato non può voler consacrare.*

È così che il foro previsto dalla detta convenzione si troverebbe garantito in tutti i casi della morte del testatore perfino in un luogo col quale non ha mai avuto alcun attaccamento personale, e che questo foro cesserebbe di poter essere invocato nel caso in cui questi rapporti, grazie al domicilio del defunto, esistono, quando la morte sarebbe incorsa fortuitamente al di fuori di detto domicilio. In altri termini, secondo la tesi dei ricorrenti, un francese (*leggi:* un italiano) *morto di passaggio in Isvizzera, senza avervi mai avuto domicilio, si troverebbe al beneficio del trattato e dell'unità della successione da esso prevista, mentre un altro francese* (italiano) *domiciliato in Isvizzera, sarebbe privato di questo privilegio, se la morte l'avesse fortuitamente sorpreso in un terzo Stato. Una simile conseguenza non è ammissibile e non può essere evitata che se si ammette che l'articolo citato, parlando di un francese* (italiano) *morto in Isvizzera e d'uno svizzero morto in Francia* (Italia), *ha voluto solamente regolare la situazione della successione di un francese* (italiano) *morto* essendo domiciliato *in Isvizzera e di uno svizzero morto* essendo domiciliato *in Francia* (Italia).

---

(1) Sentenza Tribunale Federale 1888, pag. 593.

4) Del medesimo avviso dichiaravasi recentemente anche il Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia che, in una sua lettera del 20 settembre 1918 al Dipartimento di Giustizia del Cantone di Neuchâtel, così si esprimeva: « *L'art. 17 | III della convenzione consolare e di domicilio fra la Svizzera e la Italia del 22 luglio 1868 enuncia quanto segue:* — Le controversie che venissero a sorgere .... — *Questa disposizione non parla, è vero, che d'un italiano morto in Isvizzera e non di un italiano che, avendo avuto il suo ultimo domicilio in Isvizzera, sarebbe ciò nondimeno morto in Italia. Ma non si vede perchè il fatto che la morte, per un caso fortuito, non ha avuto luogo nello Stato dell'ultimo domicilio, potrebbe avere come conseguenza un regolamento diverso per ciò che concerne il foro e la legislazione applicabili per la liquidazione della successione. Noi siamo d'avviso che la disposizione citata è ugualmente applicabile, quando trattasi di un italiano che ha avuto il suo ultimo domicilio in Isvizzera, ma che è morto all'estero* ».

5) Questa soluzione è, in ultima analisi, comforme allo spirito, se non alla lettera dell'art. 17.

Infatti l'al. 3 infine ammette che le controversie « *saranno portate davanti al giudice dell'ultimo domicilio che l'italiano aveva avuto in Italia* ». Perchè il legislatore ha creduto opportuno di parlare di ultimo domicilio invece che di domicilio puramente e semplicemente? Non rivela questo il suo pensiero, infelicemente espresso, che parlando del suo ultimo domicilio ne sottintende un altro, acquisito al luogo del decesso, gli effetti del quale dovevano essere eliminati dal trattato?

Questa constatazione, che potrebbe essere altrove un trascurabile cavillo, suffraga la nostra teoria e contribuisce, insieme alle altre prove che abbiamo esaminato più sopra, a rassodare la nostra convinzione sull'equità del principio adottato.

Premesso questo breve ragionamento, passiamo ad esaminare, caso per caso, l'applicazione del nostro principio e le varie teorie escogitate dalla dottrina. A quest'uopo non

sarà inutile far seguire uno specchietto illustrativo dei casi che possono presentarsi in pratica a seconda del luogo dove l'origine, il domicilio o la morte possono aver avuto luogo. Per evitare confusioni, ci limiteremo a trattare i casi rispetto ad un defunto italiano, ricordando però che un numero identico di casi esiste anche in confronto di un defunto svizzero. Data la loro analogia, noi li tratteremo accoppiatamente, ririservandoci naturalmente, laddove dovessero sorgere delle differenze importanti, di considerarli separatamente.

	Italia		Svizzera		Terzo Stato	
1	D.	M.	—	—	—	—
2	D.	—	—	M.	—	—
3	D.	—	—	—	—	M.
4	—	M.	D.	—	—	—
5	—	—	D.	M.	—	—
6	—	—	D.	—	—	M.
7	—	M.	—	—	D.	—
8	—	—	—	M.	D.	—
9	—	—	—	—	D.	M.

D. = domicilio. M. = luogo della morte.

I. CASO - ITALIANO DOMICILIATO E MORTO IN ITALIA (SVIZZERO DOMICILIATO E MORTO IN ISVIZZERA)

Sia la soluzione emergente dell'interpretazione strettamente letterale (che noi non approviamo), sia quella che, sull'orme di tanti illustri giureconsulti, noi abbiamo suggerito e cioè: che il luogo del domicilio ed esso solo debbono essere considerati come punto di partenza per la applicazione del trattato alla successione di italiani o di svizzeri, sono concordi. *L'art. 17 è inapplicabile.* Infatti, il *decujus* non è nè morto, nè era domiciliato nell'altro Stato contraente. Il caso rientra quindi nel dominio del diritto comune. Così il Tribunale Federale nel precitato caso Rave, dichiarava: « *Non era necessario, per i due paesi contraenti, di regolare il loro in materia di successioni se non nel caso in cui, secondo i principi del diritto internazionale privato, i rapporti personali del testatore col suo domicilio o col suo paese d'origine rendessero possibile una apertura simultanea della successione in questi due paesi. Per evitare questo conflitto, venne attribuito il foro al paese d'origine. Quando all'incontro il defunto aveva il suo domicilio nel suo stesso paese d'origine o in un terzo Stato, e di conseguenza non si trovava in alcun rapporto personale coll'altro Stato contraente, allora non esisteva alcun motivo per stipulare una disposizione che garantisse l'unità della successione* ».

Purtroppo lo stesso Tribunale Federale si è ricreduto e la sua pratica costante è inclinata all'applicazione del trattato anche nel caso presente. Incitamento a questo nuovo modo di vedere può essere stata la critica aspra del prof. Roguin il quale, parlando della precedente sentenza, faceva press'a poco questo ragionamento: come mai il Tribunale Federale non si è accorto che invece di ragionare « *a contrario* », bisognava argomentare « *a fortiori* » e dire: se la legge italiana è applicabile all'immobile di un *decujus* italiano situato nel Cantone di Vaud, quando il *decujus* aveva il suo domicilio in questo Cantone, questa legge è, a maggior ragione, applica-

bile nel caso in cui il defunto italiano era domiciliato in Italia (1).

Il fatto è ch'esso mutava opinione e nella causa Jenadin c. Frarin dichiarava il trattato applicabile. Ne facciamo seguire la motivazione.

« *Egli è vero che in una decisione nella causa Rave, il Tribunale Federale ha ammesso che gli Stati contraenti non avevano inteso regolamentare il foro della successione se non per il caso in cui si trattasse della successione di un francese* (italiano) *domiciliato in Isvizzera e viceversa. Questo modo di vedere non potrebbe più essere mantenuto oggigiorno.*

Malgrado i difetti di redazione della convenzione, l'esame dell'articolo conduce effettivamente alla conclusione che il principio dell'unità della successione deve far regola in tutti i casi, qualunque sia il paese in cui il decujus *è morto o aveva il suo domicilio al momento della morte, e indistintamente riguardo gli immobili come i mobili.*

Il principio generale in testa all'articolo domina tutte le altre disposzioni di questi. L'intenzione degli Stati è stata di stabilire così l'unità del foro nel luogo della sua apertura ».

E parlando del passaggio « francese (italiano) morto in Isvizzera »: « *non lo si potrebbe interpretare come una restrizione al principio in testa all'articolo, nel senso che l'unità della successione e l'unità di foro sarebbero stabilite solamente per il caso in cui fossero in questione la successione d'un francese* (italiano) *morto in Isvizzera o quella di uno svizzero morto in Francia* (Italia), *ma non invece per il caso in cui la morte avesse avuto luogo nel paese d'origine del defunto.*

Questa restrizione comporterebbe una contraddizione tale col fine generale perseguito dalle parti contraenti che bisogna scartarla senza esitazione ed ammettere che la regola generale dello articolo, applicabile quando il decujus *è morto in quello dei due paesi del quale non è cittadino, lo è pure,* a maggior ragione, *quand'egli è morto nel suo paese d'origine e sopratutto quando*

(1) *Roguin.* Op. cit., pag. 343.

vi aveva il suo domicilio al momento della morte». (1) E questa opinione esso riconfermava il 14 settembre 1903 in una sentenza Thorens c. Barthomeuf, donde riproduciamo quanto segue: «*La regola generale dell'articolo è dunque in modo particolare applicabile al caso in cui il* decujus, *cittadino d'uno di questi due paesi, è morto in quello d'origine, mentre la sua successione si trova nell'altro*» (2).

Ciò non toglie però che la dottrina, ad eccezione del citato prof. Roguin e di Reinhard Hohl, è concorde col nostro punto di vista: il trattato non è applicabile.

È doveroso pertanto riconoscere che l'argomentazione della nuova pratica del Tribunale Federale e quella dei citati giureconsulti, sebbene sorta riguardo al trattato franco-svizzero, s'attaglia a meraviglia, anzi ha maggior ragione di esistere, in confronto del trattato italo-svizzero ed ha un indubbio ed indiscutibile valore specialmente nel campo pratico. La loro soluzione può perfin essere reputata come ideale ed il principio dell'unità della successione, sì caldamente propugnato, merita tutta la nostra attenzione. Ma purtroppo essa scostasi eccessivamente dal testo dell'art. 17, il suo contrasto con quest'ultimo è veramente troppo palese. Le concessioni di un trattato, costituenti in generale una derogazione al diritto comune, debbono essere interpretate in modo restrittivo. Allargare la loro sfera, estenderla anche a reggere gli italiani che non sono morti nè erano domiciliati sul territorio della confederazione, significa accrescere la portata dell'art. 17 in modo non lieve, vuol dire inoltre togliere al diritto comune svizzero, che si sforza di mantenere applicabili le leggi proprie almeno per i beni immobili situati sul suo territorio, anche a costo di sacrificare il principio dell'unità della successione, una parte rilevante del suo dominio, diminuirgli sensibilmente il suo raggio d'azione.

---

(1) Raccolta officiale 1898, pag. 320.
(2) Raccolta officiale 1903 | 1, pag. 329.

Noi non contestiamo la giustezza del ragionamento di Hohl (1), solamente si tratta ora di stabilire la portata dell'art. 17, ed è questa che noi vogliamo appunto restringere. Bello invero ed altamente encomiabile il principio dell'unità della successione, ma che la Svizzera abbia voluto per pura simpatia verso quest'ultimo sacrificare i propri principi che erano, all'epoca della conclusione del trattato, è Hohl stesso che lo confessa, « il rigoroso principio territoriale » e che sono oggi, secondo la legge del 1891, su per giù i medesimi, almeno riguardo agli immobili situati in Isvizzera, questo ci sembra veramente inamissibile. Al famoso argomento « *a fortiori* » del prof. Roguin, cui abbiamo testè riconosciuto un senso pratico rilevante, ci permettiamo di contrapporre una semplice osservazione. Ci è infatti veramente impossibile di comprendere come mai, dal fatto che l'articolo è applicabile quando si verificano due condizioni (nazionalità e domicilio o morte), esso lo debba essere a maggior ragione quando una sola di queste ne esista.

E ci si conceda da ultimo un argomento « *ad hominem* » all'indirizzo di questi due autori. Se l'argomentazione « *a fortiori* » è esatta, perchè mai limitarla a questo solo caso e non estenderla almeno all'altro in cui il *decujus*, domiciliato in patria, è morto in un terzo Stato? Perchè questo eccessivo timore d'un conflitto di competenza, che non sarebbe nuovo del resto, ma che esisterebbe anche secondo il diritto comune?

Per concludere ci sembra che il cambiamento di rotta del Tribunale Federale non sia del tutto giustificato. Siamo anzi d'avviso ch'esso, piuttosto che il frutto d'una nuova e più esatta interpretazione dei dispositivi del trattato, costituisca una specie di correttivo al nostro diritto internazionale privato. Viviamo in un'epoca in cui il principio dell'unità della successione è unanimemente riconosciuto come il migliore: ecco perchè il Tribunale Federale non ha scrupolo di sottoporre le successioni, che spetterebbero al diritto comune

(1) *Hohl.* Op. cit., pag. 60.

ostile all'unità della successione, ad un trattato che tale principio ha sanzionato. Ma abbiamo motivo di credere che, se la soluzione di diritto comune fosse stata più razionale di quella prescritta dal trattato, il Tribunale Federale non avrebbe mutato la sua primitiva giurisprudenza. Ecco perchè non ci sentiamo di sottoscrivere un' interpretazione che poggia su delle considerazioni completamente estranee al trattato e ne rende incerti i dispositivi. Con questo noi non vogliamo contestare la superiorità del principio dell'unità della successione, che, *de lege ferenda*, merita tutta l'attenzione da parte del legislatore svizzero.

Non ci saremmo dilungati tanto se la nostra questione avesse presentato un interesse esclusivamente teoretico, ma, come abbiamo già avuto campo di intravvedere, la sua importanza è altresì pratica, il diritto è chiamato questa volta a risolvere un'esigenza della vita. Ora le due soluzioni danno origine ad uno stato di cose ben diverso e mentre l'applicazione del trattato ha per conseguenza la sottomissione della successione d'uno svizzero alla legge ed al foro del suo Cantone d'origine, e quella d'un italiano, considerata come unità, al diritto del Regno ed al foro dell'ultimo domicilio che il *decujus* aveva in Italia; la sua esclusione comporta la competenza del Cantone del domicilio per lo svizzero, e per l'italiano essa significa lo spezzettamento della successione, colla sottomissione degli immobili situati in Isvizzera al diritto elvetico.

La divergenza riguardante gli svizzeri ha perso oggidì gran parte del suo valore in seguito all'introduzione del C. C. S. Essa non è però del tutto scomparsa, specialmente causa la disposizione dell'art. 472 di quest'ultimo.

II. CASO - ITALIANO DOMICILIATO IN ITALIA E MORTO IN ISVIZZERA (SVIZZERO DOMICILIATO IN PATRIA E MORTO IN ITALIA).

Come nel caso precedente, anche nell'attuale, l'opinione della dottrina non è concorde.

Questa volta però contro alla nostra soluzione tendente ad escludere l'applicazione del trattato, non essendosi verificato il requisito del domicilio nell'altro Stato contraente che, secondo il nostro modo di vedere, è essenziale ed indispensabile per rendere la convenzione operante, noi abbiamo, oltre ai precitati autori, anche il testo dell'articolo. Motivo questo che serve ad accrescere in modo considerevole la schiera dei nostri oppositori, ai quali aggiungesi anche il Châtenay che così si esprime:

« *Rimarchiamo tuttavia che se i commentatori hanno potuto essere in diritto di aggiungere al testo dell'articolo le parole* « o domiciliati » *o semplicemente* « domiciliati », *essi non potevano, senza portarvi una grave derogazione, sostituirvi la parola* « morto » *con quella di* « domiciliato »; *essi potevano, secondo noi, appoggiandosi allo spirito del testo e senza violarne la lettera, ammettere l'estensione del trattato al caso in cui la sola condizione del domicilio era realizzata, ma essi non potevano a questo punto fare astrazione dal luogo della morte per rifiutare l'applicazione della convenzione nel caso in cui quest'ultima condizione era solamente realizzata; la lettera del testo esigeva in questo caso l'applicazione della convenzione* (1).

Riconosciamo la nostra divergenza dal testo dell'articolo. La logica ha spesso le sue proprie esigenze, alle quali bisogna pur inchinarsi, se non si vuol incorrere nel pericolo di vedere l'edificio del ragionamento sfasciarsi completamente di fronte ai termini imperfetti ed infelici di una insana disposizione.

---

(1) *Châtenay*. Op. cit., pag. 35|36.

Una breccia era ormai inevitabile contro il testo dello articolo e la sua interpretazione rigorosamente grammaticale, e noi l'abbiamo operata, decisi però a contenerla nei limiti della più stretta necessità.

Rimandiamo, per ciò che concerne l'importanza del domicilio ed i motivi che indussero a sostituirlo al luogo generalmente fortuito della morte, a quanto abbiamo dettagliatamente esposto poc'anzi.

Ritornando al nostro caso, ci limiteremo ad osservare come mai la divergenza pratica fra la soluzione suggerita dal trattato e quella voluta dal diritto comune sia perfettamente simile e quella verificatasi nel caso precedente, vale a dire quasi nulla per lo svizzero dopo l'avvenuta introduzione del C. C. S., minima per l'italiano e limitata al solo caso, praticamente raro, di una sua proprietà di beni immobili situati in Isvizzera. La querela si limita dunque quasi esclusivamente al punto di sapere quale testo serva di base alla competenza dei tribunali nazionali: il trattato o il diritto comune?

Rispondiamo: il diritto comune.

III. CASO - ITALIANO DOMICILIATO IN ITALIA MORTO IN UN TERZO STATO (SVIZZERO DOMICILIATO IN ISVIZZERA MORTO IN UN TERZO STATO).

La dottrina, questa volta, è unanime nel dichiarare inapplicabile il trattato. Come abbiamo però già visto più sopra, ci sembra che è solo venendo meno alla logica che tanto Roguin quanto Hohl rinunciano all'applicazione nel presente caso. Da questa accusa essi cercano di difendersi coi seguenti motivi che stralciano dal lavoro del secondo autore: « *È lecito allargare ancora più oltre l'* « argumentum a fortiori » *e comprendervi anche il caso in cui l'ereditando, pur essendo domiciliato in un terzo Stato, possedeva dei beni nello Stato contraente oppure il caso in cui l'ereditando, domiciliato in uno Stato contraente muore in un terzo Stato? Anche qui parrebbe che la logica prescrivesse l'applicazione del Trattato. Perchè infatti dovrebbero il luogo del domicilio o quello della morte del* decujus, *se questi*

si trovano in uno dei due Stati contraenti, essere senza importanza, quando trovansi invece in un terzo Stato, esercitare un largo effetto? Ciò nondimeno noi non possiamo allargare in modo così illimitato la cerchia dell'articolo. Se il luogo della morte ed il domicilio del defunto, quando essi siano situati in uno Stato contraente, non hanno importanza alcuna, questo avviene semplicemente perchè il trattato vuole limitare questi due requisiti in favore del principio nazionale. I rapporti coll'estero restano una questione aperta. E poichè lo Stato dove il decujus *abitava o dove è morto può pretendere la competenza in controversie ereditarie, potrebbe sorgere un conflitto di competenza fra gli Stati contraenti e questo terzo Stato. Per quanto illogica possa apparire l'applicazione del trattato quando il* decujus *aveva il suo domicilio in uno Stato contraente e veniva fortuitamente a morire in un terzo Stato, noi dobbiamo tuttavia attenervici, se non vogliamo aumentare i conflitti di competenza* » (1).

Abbiamo già accennato come in realtà i conflitti di competenza non vengono aumentati, al massimo l'applicazione del trattato ne farebbe subentrare al posto di uno già esistente, un'altro nuovo. Questo non ci sembra sufficiente per far escludere, come i due citati autori lo fanno, l'applicazione del trattato. In questa dimostrazione noi vediamo piuttosto un valido argomento ed una prova non trascurabile per combattere i due autori nel caso precedente.

È inutile ripetere che il tribunale federale, rinvenuto sulla sua prima decisione nel caso Rave, dichiara il trattato applicabile anche per questo caso, come del resto in tutti gli altri che citeremo in seguito. Se l'opinione dell'Alta Corte di Giustizia non può essere da noi condivisa, dobbiamo però spontaneamente dichiarare ch'essa non pecca contro lo logica e posta una base, inesatta per noi, la sviluppa in tutte le sue più lontane conseguenze.

Ci riassumiamo quindi dicendo che la dottrina è unanime nell'ammettere la non applicazione della convenzione, la giu-

---

(1) *Hohl.* Op. cit., pag. 67|68.

risprudenza svizzera invece, a torto secondo il nostro avviso, ne invoca e comanda l'applicazione.

IV. CASO - ITALIANO DOMICILIATO IN ISVIZZERA E MORTO IN ITALIA (SVIZZERO DOMICILIATO IN ITALIA E MORTO IN PATRIA).

Questa volta la nostra soluzione è conforme a quella del Tribunale Federale. *Il trattato è applicabile.*

Gli stessi oppositori sono obbligati ad ammettere la razionalità del nostro punto di vista. Se, ciò nonostante, essi non possono condividerlo, egli è perchè essi nutrono un eccessivo rispetto per il testo della Convenzione. Così Audinet: « *Quest'ultima soluzione* (l'applicazione del trattato), *che sarebbe certamente più razionale, si scosta troppo dalla lettera della Convenzione perchè sia possibile adottarla* » (1).

E con lui Aujay: « *Bisogna riconoscere che il ragionamento* « a fortiori » *è molto seducente di fronte alle conseguenze indesiderabili alle quali condurrebbe la non applicazione dell'articolo. Ma che farci? Noi siamo presi fra il buon senso ed il testo formale; noi dobbiamo obbedire, sebbene a malincuore, al testo, contro la logica. Il testo dell'articolo è concepito in termini nettamente restrittivi: esso è rigorosamente di* jus strictum (2).

Hanno dettato la nostra soluzione, oltre agli argomenti in favore del domicilio del *decujus*, appunto il ragionamento « *a fortiori* » che abbiamo altrove combattuto. Infatti, se i due Stati hanno creduto opportuno di regolare il foro della successione dei non domiciliati (almeno così vogliono certuni), a maggior ragione essi dovevano regolare quello riguardante la successione dei domiciliati, dove questi hanno contratto col paese del domicilio una quantità di rapporti personali, atti a far nascere numerosi conflitti che si volevano appunto evitare. E Châtenay continua: « *Non sarebbe stato vano di iniziare dei negoziati al fine di regolare il caso semplicissimo*

(1) *Audinet*. Le traité franco-suisse du 15 juin 1869.
(2) *Aujay*. Op. cit., pag. 204.

dei non-domiciliati, per lasciare da una parte quello più delicato degli stranieri domiciliati? Ognuno avrebbe evidentemente guadagnato nel vedere questo principio più nettamente affermato nel testo dell'articolo, ma i giureconsulti, avendo unanimemente riconosciuto l'insufficienza della sua applicazione alla lettera, troveranno almeno in una interpretazione meno letterale, ma più intelligente, una scusante alla loro trasgressione » (1).

L'importanza pratica di questo caso è sensibilmente accresciuta. Il defunto domiciliato nell'altro Stato contraente vi aveva di regola stretto numerosi rapporti personali, acquistato beni, ecc. Quella che nelle ipotesi precedenti era semplicemente un'eccezione, alla quale i diversi autori attribuivano importanza diversa a seconda del loro individuale apprezzamento, è divenuta ora la regola. Non è più quindi come prima improbabile, ma è anzi quasi certo, che la parte più rilevante del patrimonio di un individuo in simili circostanze, ed in modo speciale il complesso dei beni immobili, si trovi in questo paese del domicilio. L'uomo svolge la sua attività, compera, vende e lavora laddove ha la sua sede, il suo domicilio e, se può darsi che, per ragioni di sicurezza od altri fattori psicologici, egli ritenga opportuno di depositare i beni mobili, facilmente trasportabili, in un altro Stato, gli immobili invece li vorrà sempre a sè vicini, sotto la sua diretta sorveglianza. Questo attaccamento durante la vita ci autorizza a credere che anche la loro sorte, dopo la sua scomparsa, non gli può essere indifferente. E tale sorte è ben diversa a seconda dell'applicazione del trattato o della sua esclusione. Ciò vale in modo particolare per le successioni di un italiano.

Per lo svizzero infatti la divergenza è semplicemente una divergenza di foro e mentre il diritto comune dà la competenza al foro italiano di devolvere la successione secondo le leggi del Cantone d'origine, il trattato la riserva, come il diritto da applicare, al Cantone citato. Ben altrimenti invece nei riguardi di un *decujus* italiano. Il trattato sottopone i suoi

---

(1) *Châtenay* Op. cit., pag. 35.

beni, mobili ed immobili, alla sua legge nazionale, vale a dire alla legge italiana, il diritto comune all'incontro infrange l'unità della successione e sottopone gli immobili situati in Isvizzera alle leggi della Confederazione. Data quindi la parte preponderante e non più, come nei casi precedenti, trascurabile da questi beni occupata, bisogna concludere affermando la enorme praticità della questione.

Rimandiamo alla soluzione indicata più sopra.

V. CASO - ITALIANO DOMICILIATO E MORTO IN ISVIZZERA (SVIZZERO DOMICILIATO E MORTO IN ITALIA).

È il caso tipico sottomesso alle disposizioni del trattato. Non esiste quindi dubbio alcuno; dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel risolvere coll'affermativa la questione della applicazione.

Lo stesso Tribunale Federale non presenta più, nelle presenti circostanze, il dualismo che abbiamo potuto notare in precedenza e che avremo campo di ritrovare più tardi: tanto la sentenza nell'affare Rave, quanto quella nei casi Jeandrin c. Frarin e Thorens c. Barthomeuf, sono concordi nel sottomettere le successioni all'art. 17.

VI. CASO - ITALIANO DOMICILIATO IN ISVIZZERA E MORTO IN UN TERZO STATO (SVIZZERO DOMICILIATO IN ITALIA E MORTO IN UN TERZO STATO).

Già a prima vista non è difficile verificare una certa analogia col caso IV.: una sola differenza infatti li distingue: mentre il primo supponeva il luogo della morte nello Stato contraente che non era quello del domicilio, ma quello di origine, il nostro invece presume il luogo della morte fuori del territorio italo-svizzero.

Decidendoci all'applicazione, noi non abbiamo trascurato che la deviazione dal senso letterale del testo dell'articolo è, almeno nello spirito, ancora più spiccata che non al caso IV.

Ma la ragione che abbiamo messo a base del nostro studio ci sforza a questa diversione che è del resto perfettamente razionale.

Perchè, ci sia permessa la ripetizione, è inammissibile che la circostanza fortuita del luogo della morte determini la competenza e serva di base a un'importante regola sanzionata da un trattato. Il domicilio del *decujus* nell'altro Stato contraente è più che sufficiente per giustificare l'applicazione del trattato.

Anche qui, come oramai in quasi tutti i casi studiati, la dottrina si scinde in due correnti: l'una, guidata dal prof. Roguin, s'appoggia sull'interpretazione letterale del trattato, amplificandolo col famoso ragionamento *a fortiori* nel caso in cui il luogo dell'origine e quello della morte coincidono, l'altra, facente capo al prof. Brocher, prende come punto di partenza il luogo del domicilio e lo sostituisce alla circostanza fortuita del luogo della morte. Quest'ultima tesi soddisfa completamente il nostro modo di vedere, ad essa ci aggreghiamo senza esitazione e senza riserva.

Quanto al prof. Roguin che, rifiutando l'applicazione, così si esprime: « *L'articolo resta così senza effetto quando la morte dello svizzero o del francese* (italiano) *ha avuto luogo in un terzo Stato. Ciò è estremamente increscioso nel caso p. e. in cui tutte le proprietà del* decujus *si trovano in Francia* (Italia) *o in Isvizzera e in cui egli sarebbe morto senza domicilio all'estero, come nel corso di un semplice viaggio.*

Il buon senso esigerebbe che l'articolo fosse applicato; ma il testo formale vi si opporrebbe o almeno renderebbe impossibile o molto difficile un ricorso in cassazione o davanti al Tribunale Federale contro una sentenza che avrebbe, nell'ipotesi, fatto astrazione dallo spirito della disposizione »; noi ci permettiamo di meravigliarci ch'egli non abbia, nelle circostanze presenti, fatto uso del suo ragionamento *a fortiori* che gli ha permesso altrove d'abbandonare il senso stretto e letterale del trattato.

Perchè non ragionare anche qui nel modo seguente: se l'articolo era applicabile anche quando il *decujus* è morto in Isvizzera lasciando gran parte dei suoi beni all'estero, a maggior ragione, deve esserlo quando questi muore fortuitamente all'estero, lasciando in Isvizzera gran parte del suo patrimonio. Nè sarà vano ricordare come, malgrado l'esitazione dell'illustre professore, il Tribunale Federale ha allegramente abbandonato il senso restrittivo della sua interpretazione. Un ricorso in cassazione o davanti al Tribunale Federale contro una decisione che si fosse rifiutata d'applicare il trattato sarebbe oggi tutt'altro che « *impossibile o molto difficile* » e verrebbe senz'altro accettato.

VII. CASO - ITALIANO MORTO IN ITALIA, MA DOMICILIATO IN UN TERZO STATO (SVIZZERO DOMICILIATO IN UN TERZO STATO E MORTO IN ISVIZZERA).

Il trattato, sempre fatta riserva della nuova giusisprudenza del Tribunale Federale, propensa perfino in questo caso, quando i beni sono situati in Isvizzera, ad invocare la convenzione, è unanimemente ritenuto *inapplicabile*. L'identica soluzione ci vien suggerita dal testo dell'articolo.

VIII. CASO - ITALIANO DOMICILIATO IN UN TERZO STATO E MORTO IN ISVIZZERA (SVIZZERO DOMICILIATO IN UN TERZO STATO E MORTO IN ITALIA).

Malgrado la lettera del trattato e l'opinione di Roguin, suo fedele difensore, il trattato non deve venir applicato.

Difatti, la successione s'apre di regola all'ultimo domicilio del *decujus*: i due Stati, quello dell'origine e quello della morte, non possono regolare da soli una questione di competenza che concerne naturalmente anche la legislazione d'un altro Stato: quello dell'ultimo domicilio.

Dichiarando il trattato applicabile, Roguin è incorso in una grave incoerenza. Infatti, come mai la sua penetrante

acuità intellettuale non gli ha permesso di scorgere come il suo sistema conduca forzatamente a questo illogico effetto che: se l'italiano domiciliato in un terzo Stato muore in Isvizzera, la legge italiana gli è applicabile grazie al trattato, mentre non lo è più quando egli muore in Italia?

Ricordiamo che la giurisprudenza del Tribunale Federale si pronuncia, anche in questo caso, come in tutti gli altri del resto, per l'applicazione.

IX. CASO - ITALIANO DOMICILIATO E MORTO IN UN TERZO STATO (SVIZZERO DOMICILIATO E MORTO IN UN TERZO STATO).

La pratica del Tribunale Federale va così oltre da dichiarare anche in questo caso l'applicazione del trattato. Purtroppo questa soluzione, suggerita come abbiam visto, dal principio dell'unità della successione, può trovarsi in antitesi con lo stesso: è questo il caso, se la legge del domicilio si dichiara competente per risolvere i conflitti e regolare la successione del defunto italiano. I beni in Isvizzera seguirebbero, all'opposto del resto della successione, la legge italiana.

La dottrina unanime, il testo dell'articolo ed altre considerazioni di carattere pratico, risolvono la questione con una recisa negativa.

Riassumendoci: il luogo del domicilio è il solo requisito necessario, dopo quello della cittadinanza, per l'applicazione del trattato e cioè: il *decujus* deve, al momento della morte, essere domiciliato nell'altro Stato contraente.

Il trattato è quindi applicabile nei casi IV, V, VI, ovverosia in confronto:

1) d'un italiano, domiciliato in Isvizzera e morto in Italia e rispettivamente d'uno svizzero domiciliato in Italia e morto in Isvizzera (caso IV);

2) d'un italiano domiciliato e morto in Isvizzera oppure d'uno svizzero domiciliato e morto in Italia (caso V: caso tipo);

3) d'un italiano domiciliato in Isvizzera e morto in un terzo Stato e rispettivamente d'uno svizzero domiciliato in Italia e morto in un altro Stato (caso VI).

Se dei conflitti dovessero sorgere per sapere in qual paese il *decujus* era realmente domiciliato, qual tribunale e quale legge saranno competenti per appianarli e risolverli?

Con Boissonas (1) e Weiss rispondiamo: diritto e foro nazionali del *decujus*.

Infatti nessuna autorità è meglio qualificata del tribunale dell'ultimo domicilio che il defunto aveva in patria per determinare s'egli deve o meno essere considerato come ancora domiciliato. Nei rapporti italo-svizzeri, qual interesse può mai avere uno di questi Stati a dichiarare domiciliato sul suo territorio un cittadino dell'altro, poichè in questo caso, la successione seguirebbe la legge nazionale dello stesso?

La questione non ha che un'importanza dal punto di vista fiscale, perchè il fisco dello Stato, sul territorio del quale il defunto è morto domiciliato, preleva dei diritti su tutti i beni componenti la successione, fatta eccezione tuttavia degli immobili situati all'estero.

Di fianco a questa ragione d'ordine pratico, altre ve ne sono, e noi le stralciamo dall'opera di Weiss. « *Il domicilio non è, come si è detto, un fatto che si tratta unicamente di constatare, e che la sola autorità locale ha qualità di constatare. Il domicilio crea una relazione di diritto: ma questa relazione è una relazione di diritto privato, i suoi effetti si riferiscono in generale a degli interessi d'ordine privato, al matrimonio, alla tutela, al regime delle successioni, ecc. È dunque naturale di applicargli le stesse regole che agli interessi ai quali si riferisce, di determinarlo per mezzo della legge nazionale cui appartiene, di proteggere questi interessi medesimi. È dunque in principio con l'aiuto della legge nazionale dell'interessato che noi risolveremo i conflitti sorti all'occasione della fissazione del suo domicilio* » (1).

---

(1) *Boissonas*. Op. cit. pag. 53.

(2) *Weiss*. Traité de droit international privé, vol. III, pag. 279.

III. Il carattere di controversia delle successioni.

Non tutte le successioni però di uno svizzero morto con domicilio in Italia o d'un italiano morto domiciliato in Isvizzera sono necessariamente sottoposte alle disposizioni del trattato e debbono di conseguenza essere regolate dalla legge nazionale del *decujus* e portate davanti al foro dell'ultimo domicilio ch'esso ebbe in patria, se trattasi d'un italiano o, se svizzero, a quello del suo Cantone d'origine.

Perchè l'applicazione dei dispositivi del trattato avvenga è assolutamente necessario che le successioni presentino un carattere di controversia. Ora è risaputo che ciò non è sempre il caso. Infatti, malgrado che le liquidazioni ereditarie diano spesso molto da fare ai giudici, noi sappiamo che molte di esse si svolgono amichevolmente, col consenso degli interessati e all'infuori del palazzo di giustizia. Domandasi quindi se, in questi casi, potrà esser lecito sorvolare alle disposizioni dell'art. 17 del trattato e dell'art. IV del protocollo annesso oppure se bisognerà attenersi rigorosamente ad esse. In altri termini, hanno gli articoli prefati una portata assoluta ed obbligatoria per tutte le successioni di cittadini dei due Stati contraenti morti domiciliati nell'altro oppure bisogna farvi ricorso solo quando delle contestazioni sono venute a nascere in seno agli eredi?

L'Italia e la Svizzera ebbero l'intenzione di dare all'articolo citato un carattere d'ordine pubblico e di clausola irritante oppure ebbero esclusivamente in vista l'interesse privato degli eredi, di modo che questi possono sempre convenire un'altra via per regolare le controversie sorgenti fra di loro, qualora questa presenti loro maggiori vantaggi? Un erede svizzero od italiano può dunque rinunciare in modo definitivo alla competenza del giudice nazionale del *decujus* ed accettare, per regolare la soluzione d'un litigio esistente, l'applicazione d'un'altra legge che non sia quella prevista dal trattato, vale a dire quella d'origine del defunto?

Abbiamo già detto più innanzi la nostra opinione nel senso che il trattato ha voluto limitarsi a regolare le controversie successorali, lasciando ad altre disposizioni da cercarsi altrove — nella convenzione, in altri trattati oppure infine nel diritto comune — la mansione di regolare tutte le altre liquidazioni ereditarie, cui sia alieno il carattere di controversia. E questa nostra opinione noi poggiamo innanzitutto sul testo degli articoli in questione, che suonano appunto come segue: « *Le controversie che potrebbero nascere ecc.* . . . ». Simile alla nostra doveva pur essere l'opinione dei compilatori del trattato, ai quali non è lecito fare la gratuita ed infondata accusa, d'aver scelto a vanvera un termine con un dato significato per indicare un oggetto di significato ben diverso. Non sarebbe stato, anche per loro, ben più facile e più semplice, nella redazione degli articoli, di parlare unicamente di liquidazioni ereditarie od anche di successioni, senza riferirsi menomamente al concetto di controversia? Se ciò nonostante essi preferirono l'altra versione, gli è appunto perchè con essa vollero sanzionare qualche cosa di più limitato, secondo loro anche di più giusto e di più equo.

Nè la loro intenzione è meritevole da parte nostra di disappunto. Infatti qual interesse potevano mai avere le due parti contraenti di regolare i casi in cui nessun conflitto era venuto a sorgere fra gli interessati, in cui, con altre parole, gli interessati stessi avevano tutti rinunciato alla tutela ed all'ausilio della legislazione nazionale? Qual necessità, in questi casi, di sottoporre la successione ad un foro per lo più discomodo alla totalità degli eredi, perchè astrigerli, magari nell'intento nobile ed encomiabile d'aiutarli, ad andare incontro a maggiori spese ed a preziose perdite di tempo?

Riteniamo quindi che le disposizioni del trattato debbono, anche da questo punto di vista, venir interpretate in modo restrittivo e ci pronunciamo di conseguenza in favore della possibilità di rinuncia da parte degli interessati all'applicazione della convenzione. Naturalmente però questa rinuncia sarà subordinata all'accordo unanime di tutti gli eredi o legatari possibili

Accordo che dovrà anzi, a nostro avviso, essere esplicito e risultare « *expressis verbis* ». In quest'ultimo caso, fugate oramai le penose incertezze, il giudice d'un tribunale che non è quello prescritto dalla convenzione non potrà più — almeno così noi opiniamo fermamente — dichiararsi d'ufficio incompetente.

Quando dunque la ripartizione dell'eredità è stata fatta di comune accordo fra i coeredi, in uno Stato che non è quello prescritto dalla convenzione del 1868, essa deve ritenersi valida ed il trattato non può pretendere in modo alcuno la sua forzata applicazione. Un atto di divisione simile prova in sè stesso, in seguito al concorso formalmente espresso della volontà delle parti, una forza sufficiente per obbligare tutti quelli che vi hanno concorso al medesimo titolo di un contratto ordinario ([1]).

E anche la pratica è proclive ad una simile tendenza, patrocinata del resto da molti commentatori. È così che le successioni vengono liquidate sovente al luogo del domicilio invece che a quello d'origine come vorrebbe la nostra convenzione, limitandosi ad applicare la legislazione prescritta da quest'ultimo. Bisogna infatti convenire che si evitano, con un simile procedimento, spese e lentezze considerevoli, che gli eredi dovrebbero subire per giungere nell'altro Stato allo identico risultato.

E che dire della giurisprudenza? Quella svizzera è stata fino ad oggi, per quanto è a nostra conoscenza, schiva dallo emettere un'opinione propria sul nostro oggetto. L'occasione propizia per una simile spiegazione si è presentata al Tribunale Federale il 2 marzo 1916, nella causa Schmutz contro Baecker ([2]), ma l'Alta Corte ha creduto opportuno non pronunciarsi e si è lasciata sfuggire così la possibilità di porre in chiaro una questione che necessitava di luce.

---

(1) Moniteur judiciaire Lyon 21 septembre 1928.
(2) Raccolta Officiale, vol. 42|1, pag. 108.

In questa causa la signora Schmutz contestava la competenza dei tribunali prescritti dalla convenzione italo-svizzera e fondava la sua pretesa sul fatto che la signora Baecker era cittadina tedesca e che lei, dal canto suo, rinunciava e prevalersi del trattato. Il tribunale respingeva il ricorso con questa esauriente confutazione: « *La ricorrente dichiara, parimenti invano, di non prevalersi delle disposizioni del trattato; poichè è evidente che con una dichiarazione unilaterale la convenuta non deve poter sottrarsi alla competenza dei tribunali davanti ai quali la parte attrice era autorizzata, in virtù del trattato, ad inoltrare la propria azione* », ma non diceva nulla sulla questione relativa alla possibilità di rinuncia da parte degli eredi alle disposizioni del trattato.

Lo stesso dicasi del Tribunale d'Appello ticinese che, in una sua sentenza dell'8 novembre 1912, sfuggiva alla questione nel modo seguente: « *Le convenute sembrano opporre all'eccezione dell'incompetenza un'elezione di domicilio fatta da tutti i coeredi presso lo studio Riva in Lugano, ma occorre avvertire subito che non è in atti la relativa dichiarazione, onde poter scernere se con la stessa i coeredi hanno inteso di convenire una semplice elezione di domicilio per tutte le pratiche inerenti alla successione N. B. che dovevano necessariamente svolgersi al luogo del suo decesso, come è presumibile, o se hanno inteso di attribuire giurisdizione speciale e convenzionale al domicilio eletto, assoggettandosi sia alla giurisdizione solamente, sia alla giurisdizione ed alla legge svizzera.*

Ciò dicasi prescindendo anche dalla più grave questione di sapere se il giudice non possa rimandare, in qualunque caso, le parti alla osservanza di una norma di diritto internazionale privato, anche contro la loro volontà, questione che non è il caso di risolvere per quanto è detto sopra » (1).

Come abbiamo annunciato dunque, nemmeno in questa sentenza, malgrado che il redattore lasci trapelare, di mezzo al silenzio impostosi, una tendenza piuttosto ostile ad una

(1) Repertorio di Giurisprudenza patria, serie III, vol. 13, pag. 123 e seg.

eventuale deroga convenzionale, per opera delle parti interessate, alle disposizioni del trattato, ci è dato trovare la soluzione definitiva dell'oggetto che ci interessa.

Cerchiamola dunque indirettamente, in qualche sentenza avente una certa analogia coll'oggetto che stiamo esaminando.

Il Tribunale Federale, in una sentenza del 16 febbraio 1899, decideva, parlando dell'art. 11 del trattato franco-svizzero più volte citato, il quale stabilisce che il tribunale, secondo la convenzione incompetente a giudicare un'azione, deve d'ufficio ed anche nell'assenza del convenuto, rimandare le parti davanti al giudice competente, quanto segue: « *Questa prescrizione non significa che un tribunale incompetente non possa essere reso tale da un accordo esplicito delle parti o dal riconoscimento tacito della sua giurisdizione; essa significa semplicemente che qualora non si è in presenza d'una dichiarazione di volontà (espressa o tacita) fondante la sua competenza, il tribunale incompetente secondo il trattato, deve spogliarsi d'ufficio, senza che il convenuto sia tenuto a presentarsi ed a sollevare il declinatorio* ».

Abbiamo ragione di credere che il Tribunale Federale manterrà il suo modo di ragionare anche nei riguardi del trattato italo-svizzero e questo anzi, a maggior ragione, non contenendo detto trattato nessun impedimento del genere dell'accennato articolo 11 e facilitando quindi enormemente l'esposta interpretazione.

Un'opinione difforme poteva essere giustificata prima del 1912 dalla necessità di fare applicare dal giudice del luogo d'origine la sua legislazione. Infatti, tollerando che un tribunale straniero potesse venir dichiarato competente, lo si obbligava, secondo la dottrina dominante, ad applicare una delle nostre legislazioni cantonali, che sovente gli era impossibile di conoscere e perfin di comprendere, il che poteva essere deplorevole e pericoloso. Essa non lo è più oggigiorno, dopo che l'unificazione del C. C. S. ha abrogato le legislazioni cantonali e le ha sostituite con delle disposizioni uniche, redatte anche in italiano.

Del medesimo avviso si è inoltre dichiarato a più riprese anche il Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, che, richiesto del suo parere, rispondeva l'11 luglio 1930 al richiedente: « *resta da sapere se questa giurisdizione è esclusiva, vale a dire se le parti non possono convenire una proroga di foro. Nella sua sentenza del 2 marzo 1816 il Tribunale Federale non si è pronunciato su tale questione. Ha solo ammesso che la dichiarazione unilaterale d'una parte non basta per sostenere la azione presso il tribunale competente ai sensi del trattato. Tuttavia, noi reputiamo che nessun motivo pertinente si opponga a che le parti convengano una prorogazione di foro* ».

IV. Il carattere successorio delle contestazioni.

Abbiamo visto come una prima limitazione del campo d'azione dei nostri articoli consistesse nella natura delle liquidazioni ereditarie. Infatti ne sono unicamente rette quelle devoluzioni che danno origine a contestazioni ed a controversie.

La seconda limitazione è determinata dal carattere speciale delle controversie: esse debbono essere successorali, vale a dire debbono « *nascere fra gli eredi .... riguardo all'eredità* » (1).

Questa disposizione merita un esame speciale da parte nostra, particolarmente in seguito al numero cospicuo di conflitti, cui essa può dare origine.

Quali sono le caratteristiche delle controversie successorali? A quali elementi dobbiamo affidarci, quali momenti dobbiamo considerare per riconoscerle e contraddistinguerle dalle altre numerose non contemplate dall'art. 17? Secondo Hohl (2) si tratta nel nostro caso di pretese generate essenzialmente dalla morte del *decujus* e Châtenay (3) completa la

(1) Art. 17, al. 3 del trattato di domicilio e consolare del 22 luglio 1868.

(2) *Hohl.* Op. cit., pag. 101 "Jene Ansprüche die wesentlich durch den Tot des Erblassers entstanden sind„.

(3) *Châtenay.* Op. cit., pag. 25.

definizione, aggiungendovi giustamente, onde evitare qualsiasi confusione con le azioni risultanti dallo scioglimento del regime matrimoniale, che deve trattarsi di pretese però che non avrebbero potuto scaturire da altra sorgente che non fosse la morte del *decujus*. Se l'attore quindi non fonda la propria azione su di un titolo successorale o se il convenuto invoca, per resistere all'azione, una unica qualità diversa da quella di erede o legatario, non esiste più alcun dibattito sulla successione, alcuna azione successorale propriamente detta e l'articolo 17 resta estraneo alla contestazione; così come l'ha fissato la Corte Civile di Ginevra, in una distinzione un po' troppo semplice, dove vien stabilito: « *il foro ordinario resta la regola quando la lite avrebbe potuto nascere anche durante la vita del* decujus, *l'art. 17 è pure escluso nella soluzione d'una lite nata all'occasione di un decesso, ma denudata di un carattere successorale* » (1).

Invero, per sapere se trattasi di azioni relative all'eredità, basterà por mente, in primo luogo, che nessuna delle parti contendenti si presenti al giudice come estranea alla successione o quale creditore dell'eredità. Deve dunque sempre trattarsi di azioni pendenti tra due persone che pretendono ambedue d'aver diritto alla successione come eredi o come legatari, o meglio invocano un titolo ereditario per reclamare una parte della successione. La loro nazionalità, non chè illoro domicilio sono completamente indifferenti.

Ad esse appartengono, non solo gli eredi, nel senso stretto della parola, ma anche i legatari. Tale interpretazione, così naturale e così evidente, ha trovato però sovente più di un animo ostile che, attenendosi rigorosamente alle parole del testo, pretese doversi intendere per « *eredi* » gli eredi propriamente detti e contestò che l'espressione comprendesse simultaneamente anche i legatari. Malgrado possa apparir strano, ci furono perfino dei giudici nel Cantone Nidwalden che fecero proprie simili considerazioni e respinsero, sulla

(1) 23 V 1919, Semaine judiciaire 1919, pag. 423.

loro scorta, un ricorso di incompetenza contro di loro. Chiamato in ultima istanza a giudicare sull'oggetto, il Tribunale Federale ha preferito, come già altre volte, liquidare la pendenza sottoposta al suo giudizio seguendo la via più breve e sorvolando tutte le questioni insufficienti a mutare l'esito della lite; nella chiusa della sua motivazione non è pertanto difficile intravvedere ed intuire la sua avversione contro una interpretazione restrittiva della parola « eredi ». Essa è redatta come segue: « *Ci troviamo di fronte ad una contestazione fra due pretendenti alla successione i quali pretendono ambedue la stessa eredità e cade quindi già per questo motivo l'obbiezione del convenuto, basandosi sul fatto che il ricorrente domanda la eredità in qualità di legatario, restando impregiudicata la questione di sapere se la distinzione in controversie fra eredi e controversie fra eredi da una parte e legatari dall'altra debba ritenersi giuridicamente attendibile* » ([1]).

Più esplicita invece è stata la Corte Civile di Ginevra nella sua sentenza in data 14 gennaio 1930 che proclamava l'applicabilità del trattato per giudicare una domanda di consegna di un legato diretta contro gli eredi e per dire se la vedova di un *decujus* italiano doveva essere considerata come un'erede legale o come legataria ([2]).

Della stessa opinione si è inoltre dichiarato il prof. Roguie che, nel suo più volte citato « *Conflits des Lois* », dice: « *in riassunto, tutto ciò che riguarda la distribuzione stessa della eredità fra i successori,* eredi o legatari, *è sottomesso alla legislazione del paese d'origine, ma ciò che interessa i rapporti con*

---

(1) Raccolta officiale, vol. XIII|I pag. 587. " Es liegt somit in der Tat ein Streit zwischen zwei Erbprätendenten vor, die gestützt auf verschiedene Delationsgründe die Erbschaft für sich beanspruchen und es fällt schon deshalb der Einwand der Rekursbeklagtschaft, der darauf beruht, dass Rekurrentin als Legatarin die Erbschaft beanspruche, dahin, ganz abgesehen davon ob rechtlich die Unterscheidung zwischen Streitigkeiten unter Erben und Streitigkeiten zwischen Erben einerseits, Legataren anderseits haltbar wäre „.

(2) Cour de Justice Civile, Genève, 14|1|1930 Semaine Judicaire 1930 pag. 309 e seg.

i terzi, come i creditori, può essere riconosciuto appartenente ad un'altra competenza legislativa e giurisdizionale (1).

Da quanto abbiamo esposto risulta senza esitazione possibile che sono sottomesse all'art. 17 le azioni ereditarie propriamente dette, vale a dire le liti nate fra due persone fondantesi su di un titolo successorale. Ad esse appartengono: la petizione dell'eredità, la formazione della massa, la fissazione delle parti, la composizione dei lotti, l'impugnazione di un testamento, la riduzione dei doni e dei legati.

Per le azioni dei creditori contro gli eredi vale invece il tribunale solito del convenuto, da cercarsi in altri articoli del trattato oppure nell'ambito del diritto comune. Infatti il silenzio dell'art. 17 non può venir altrimenti interpretato se non in modo assolutamente restrittivo: il foro nazionale previsto dal trattato non è competente.

La soluzione inversa genererebbe l'inevitabile ed infelice conseguenza che il tribunale nazionale del *decujus* verrebbe unicamente investito della competenza per le azioni dei creditori contro gli eredi e questo non solamente prima della ripartizione, ma anche dopo la stessa. Obbligando i creditori a portare le loro azioni davanti al tribunale nazionale del *decujus* che è sovente diverso da quello degli eredi, noi rendiamo il tribunale degli eredi indefinitamente incompetente; ciò significa svantaggiare i creditori generalmente residenti al luogo del domicilio del defunto e questo senza motivo e senza profitto alcuno per gli eredi stessi.

Così dicasi anche per le contestazioni che venissero a sorgere fra eredi e legatari da una parte ed un terzo dalla altra sulla qualità ereditaria d'un oggetto matrimoniale. Anche qui, per le ragioni che abbiamo esposte più sopra, l'art. 17 è inapplicabile e la vertenza rimane una questione aperta, da risolvere alla luce di altri articoli oppure del diritto comune.

Perfino quando le contestazioni nascono fra gli stessi coeredi, ma non dipendono da questa loro qualità, come sa-

(1) *Roguin.* Op. cit., pag. 322.

rebbe p. e. il caso d'un'obbligazione risultante da un contratto conchiuso fra il *decujus* ed un coerede, l'art. 17 dovrà ritirarsi ed ammettere la sua inapplicabilità.

Interessante per la classificazione ed il riconoscimento della qualità dell'azione è la decisione del Tribunale Federale, dalla quale stralciamo quanto segue: « *Decisivi riguardo alla natura della domanda e, in quanto questi ne dipenda, riguardo al foro, sono esclusivamente le domande in giudizio, indipendentemente dal fatto che esse vengono in tutto o in parte oppugnate.... Da questa linea di condotta è lecito scostarsi solo quando si verifica che la forma nella quale venne presentata la domanda e la motivazione addotta a sostegno della stessa, sono state introdotte esclusivamente allo scopo d'uno sviamento di foro* » (1).

(1) Raccolta officiale, vol. XXIII|I, pag. 58.

Cap. 4 - Il trattato e la sua pratica applicazione.

Posto come base il principio contenuto nel trattato, in virtù del quale la legge nazionale del *decujus* è competente a risolvere tutte le controversie che potessero nascere fra gli eredi di quest'ultimo circa l'eredità da lui relitta, resta da sapere quale ne sia la portata, quali i limiti, quali le principali applicazioni, tanto nei confronti delle successioni legittime che di quelle testamentarie. Per ragioni di opportunità e chiarezza, noi tratteremo nel presente capitolo dapprima le successioni intestate, in seguito quelle testamentarie e quindi i principi comuni ai due ordini di successioni. Questo modo di procedere infatti, oltre ad essere identico a quello seguito dal legislatore di ambedue gli Stati contraenti, è il più razionale: la successione legittima merita la precedenza su quella testamentaria, non soltanto per ragioni di carattere storico, ma anche e sopratutto perchè, essendo completamente sottratta all'azione della volontà individuale, rientra integralmente nel dominio del conflitto delle leggi. Il riunire poi i principi comuni ai due ordini di successioni è particolarmente utile, onde evitare frequenti ripetizioni ed eccessivi riferimenti.

I. Successioni intestate.

La legge nazionale del *decujus* è competente, in caso di successione intestata, a stabilire chi sia chiamato a succedere, l'ordine nel quale i vari aventi diritto devono essere chiamati ad esercitare i loro diritti successori, l'eredità dei diritti stessi; deve parimenti determinare se un erede che aveva già ricevuto dal *decujus* alcuni beni a titolo di donazione debba computarli nella quota cui ha diritto nella successione [1].

---

[1] *Diena*. Op. cit., § 117, pag. 204.

Ma una questione interessante si affaccia immediatamente appena si passa ad esaminare quale sia la legge competente a pronunciarsi sulla capacità dei successibili.

Noi sappiamo che le diverse cause d'incapacità a succedere possono essere assolute o relative: assolute se tolgono la capacità di partecipare a qualsiasi successione e di raccogliere qualunque eredità, relative invece se escludono soltanto di partecipare ad una determinata successione.

Fra le capacità assolute troviamo, in primo luogo, quelle contemplate nell'art. 724 del Codice civile italiano, secondo il quale sono incapaci di succedere coloro che al momento della successione non sono ancora concepiti e coloro che non sono nati vitali e le corrispondenti, contenute nell'art. 544 del C. C. S., limitanti l'incapacità a coloro che non sono ancora concepiti e che non sono nati vivi. La divergenza fra le due disposizioni non è eccessivamente sensibile, essa limitasi unicamente al fatto che, mentre il Codice civile italiano richiede la condizione della vitalità dopo la nascita, quello svizzero ne fa completamente astrazione e si attiene esclusivamente al requisito della vita. Domandasi ora: se un discendente del *decujus* è nato vivo ma non vitale, avrà egli diritto di partecipare alla successione?

Noi riteniamo che, per giudicare di queste incapacità, debba farsi ricorso alla legge che regola la successione, vale a dire alla legge nazionale del defunto. Giacchè le prefate incapacità sono strettamente connesse colla successione, esse riposano sugli stessi principi del trasferimento del patrimonio *mortis causa* e dell'eredità: non si riferiscono già ad uno stato giuridico, la cui esistenza è ritenuta dalla legge indispensabile per esercitare il diritto di succedere, ma ad alcune condizioni richieste per raccogliere un'eredità (1).

Se quindi noi ci dovessimo, in un caso concreto, trovare di fronte ad un *decujus* svizzero ed a dei successibili italiani, basterà che questi ultimi siano nati vivi per avere la capacità

(1) Digesto Italiano - Vol. e voce cit., § 42, pag. 802.

ed il diritto di partecipare alla successione. Nel caso inverso invece, quando il *decujus* fosse italiano ed i successibili svizzeri, si richiederà per questi ultimi il requisito della vitalità.

Tuttavia dovrà però sempre farsi richiamo alla legge personale del successibile per giudicare dell'esistenza di queste condizioni, per decidere cioè se il successibile debba o non debba ritenersi concepito al momento dell'apertura della successione e per risolvere le questioni relative alle presunzioni di vita e di vitalità (1).

Passiamo ora a dire brevemente delle incapacità relative a succedere, limitandoci a parlare dell'indegnità che ne è sicuramente la più importante. L'indegnità, sia nel Codice civile italiano che in quello svizzero, non ha il carattere di una pena stabilita per ragioni di ordine pubblico: essa deve meglio considerarsi come una presunzione della volontà del *decujus* e ne è prova il fatto che, in ambedue le legislazioni, il testatore può condonare l'indegnità e chiamare l'indegno a succedergli (art. 726 C. C. I. e art. 540 C. C. S.) Ciò nondimeno le disposizioni dei due codici non sono perfettamente identiche. Infatti secondo l'articolo 725 del C. C. I. è indegno di succedere colui che ha accusato la persona, della cui successione si tratta, di un reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio. Il Codice civile svizzero non conosce invece questa causa di nullità. Onde è importante sapere se spetti alla legge personale del successibile oppure a quella del *decujus* di determinare l'esistenza o meno della indegnità.

Sulla scorta di numerosi autori, noi ci pronunciamo questa volta in favore della seguente soluzione: l'indegnità del successibile si verifica ogni qual volta esso sia considerato indegno o dalla legge che regola la successione, vale a dire dalla legge personale del defunto, oppure dalla sua legge personale. Perchè è evidente che, essendo l'indegnità di

(1) *Fiore*. Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi. Napoli 1891. Vol. II, pag, 318.

succedere strettamente connessa colla successione, non potrà un indegno secondo la legge che governa quest'ultima essere chiamato a parteciparvi; d'altra parte però non si può disconoscere che, allorquando la legge personale del successibile stabilisce, come conseguenza di un fatto compiuto volontariamente da lui ed avente per lo più un carattere delittuoso, ch'egli non potrà più esercitare un dato diritto, ci si trova di fronte ad una vera e propria incapacità giuridica, che non può e non deve venir sorvolata (1).

Ritornando quindi al nostro esempio: basta che un successibile, sia esso svizzero od italiano, si trovi nella condizione indicata rispetto al defunto cittadino dell'altro Stato contraente, perchè egli venga escluso come indegno dalla partecipazione all'eredità.

La legge nazionale del defunto, competente, in virtù del trattato, di regolare le successioni nei rapporti ita-o-svizzeri, per determinare quali siano le persone chiamate a succedere, è pure competente per determinare fino a qual grado di parentela i congiunti verranno per legge considerati come eredi del *decujus*.

Se, quindi, il defunto era cittadino svizzero avranno diritto alla sua successione in primo luogo i suoi discendenti, siano essi legittimi, adottivi o naturali. Questi ultimi pertanto, mentre partecipano in uguale misura degli altri discendenti nella successione materna, ereditano dal padre solo la metà parte di quanto spetterebbe ad un discendente legittimo od adottivo (art. 457 e 461 C. C. S.).

In mancanza di discendenti sono chiamati a succedere i genitori ed, in caso di premorienza d'uno di essi o di entrambi, i loro discendenti fino all'infinito (art. 458 C. C. S.).

Se anche nella parentela dei genitori nessun erede sopravvive al defunto, l'eredità è devoluta agli avi od, in loro

(1) *Diena*. Sulla legge regolatrice della capacità di succedere ed in ispecie se un medico francese possa succedere per testamento ad un cittadino italiano da lui curato. Archivio giuridico, vol. LVIII, pag. 401.

vece, ai loro discendenti, a condizione però che tanto la linea paterna quanto quella materna ricevano quantitativamente una identica porzione d'eredità (art. 459 C. C. S).

Il diritto di successione dei parenti consanguinei cessa con la stirpe degli avi. Tuttavia i bisavi, ed in caso di premorienza i loro figli, hanno finchè vivono l'usufrutto della parte che sarebbe devoluta ai discendenti della loro stirpe se questi fossero superstiti (art. 460 C. C. S.).

Tutti gli altri parenti del *decujus*, ad eccezione del coniuge superstite, sono esclusi dall'eredità ed, in loro vece, subentra lo Stato.

Quanto al coniuge superstite valgono le norme seguenti: egli riceve, se è solo, l'intera eredità. Se concorre coi discendenti del *decujus* ha un diritto di opzione fra la metà della successione in usufrutto oppure il quarto in proprietà. Partecipando con parenti della stirpe dei genitori, riceve un quarto in proprietà e tre quarti in usufrutto; cogli avi e loro discendenti gli spettano la metà in proprietà e l'altra metà in usufrutto. Esclude infine i bisavi ed i loro figli (art. 462 C. C. S.).

Se, invece, il defunto era cittadino italiano, spetterà alla legge italiana di stabilire quali sono i congiunti chiamati a succedere e fino a qual grado di parentela ha luogo la successione legittima.

Ora la legge italiana riposa, in materia di successioni, su capisaldi tutt'affatto diversi da quelli che regolano la materia nel Codice civile della Confederazione Svizzera. E se essa pone i discendenti, sia legittimi che naturali, press'a poco sullo stesso piano della legislazione elvetica, altrettanto non può dirsi per quello che riguarda la posizione degli ascendenti, dei collaterali e del coniuge.

Gli ascendenti, infatti, sono retti dalle norme seguenti: se al *decujus* sopravvivono entrambi i genitori o soltanto uno di essi, questi hanno diritto a tutta l'eredità ed escludono ogni altro ascendente; se, invece, i genitori non sono sopravvisuti al defunto, ma esistono soltanto altri ascendenti, sarà

chiamato a succedere quello di grado più prossimo all'ereditando ad esclusione di tutti gli altri o, se più ascendenti si trovano nello stesso grado, la successione sarà divisa per metà fra la linea paterna e quella materna (art. 738 e 739 C. C. I.). Se coi genitori o cogli altri ascendenti concorrono anche fratelli e sorelle del defunto, si stabilisce innanzi tutto in base alle norme precedenti quale o quali ascendenti avranno diritto all'eredità, la quale verrà quindi suddivisa fra questi ultimi ed i germani in parti uguali, tenuto conto però che i genitori o quello di essi che sia superstite o gli altri ascendenti i quali - in caso di premorienza dei genitori - parteciperanno alla successione, non ricevono mai una quota inferiore al terzo dell'eredità. I discendenti dei fratelli o delle sorelle premorti succedono per stirpi al *decujus* (art. 740 e 741 C. C. I.).

Se al defunto non sopravvivono nè i discendenti, nè i genitori, nè gli ascendenti, nè i fratelli o le sorelle o discendenti di essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più prossimi del defunto, per modo che costui o costoro escludono quelli di grado più remoto. Ad ogni modo - ed una simile disposizione è ignota al diritto svizzero - la successione non ha luogo nei confronti dei congiunti oltre il decimo grado ed al loro posto succede lo Stato (art. 742 C. C. I.).

Al coniuge superstite il legislatore italiano ha riservato una posizione non certo così favorevole come quella del codice civile svizzero. Infatti s'egli concorre nella successione coi discendenti legittimi del defunto ha diritto all'usufrutto di una porzione ereditaria uguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge superstite. Tale porzione di usufrutto non può però mai essere superiore del quarto della eredità (art. 753 C. C. I.).

Il coniuge riceve invece un terzo della successione in proprietà quando il *decujus* non lasci figli legittimi o loro discendenti, bensì ascendenti o figli naturali ovvero fratelli o sorelle o discendenti da questi. Qualora però concorrano

contemporaneamente nella successione il coniuge, gli ascendenti legittimi ed i figli naturali del defunto, la quota spettante al primo si limiterà ad un quarto della sostanza relitta (art. 754 C. C. I.).

Quando al *decujus* non sopravvivono nè ascendenti, nè figli naturali, nè fratelli o sorelle, ma solamente altri successibili entro il sesto grado inclusivo, l'eredità si devolve al coniuge superstite per due terzi e gli si devolve per intero quando il *decujus* non lasci successibili entro detto grado (art. 755 C. C. I.).

Rimane ora da stabilire se, in caso di successione vacante, i beni già di proprietà del defunto passino allo Stato sul cui territorio sono situati o invece a quello cui il *decujus* era legato dal vincolo della cittadinanza. Per risolvere questa questione è necessario innanzitutto determinare la natura del diritto dello Stato nelle successioni vacanti. Infatti se questi è un diritto di occupazione, ne consegue che l'occupante non può essere che lo Stato o gli Stati nel cui territorio si trovano i singoli beni componenti la successione. Se, invece, si tratta d'un vero e proprio diritto di successione, sarà allora lo Stato nazionale del *decujus* che verrà chiamato a succedere.

Quest'ultima soluzione deve, a nostro avviso, giuridicamente preferirsi. Essa è in primo luogo quella accolta sia dalla legislazione svizzera che da quella italiana (1) (art. 466 C. C. S. e art. 758 C. C. I.). È inoltre la più conforme alle risultanze storiche: quando lo Stato aveva una base gentilizia il suo diritto all'eredità vacante era un vero e proprio diritto successorio; oggi ancora esso deve essere ritenuto come la presunta volontà del defunto quando non esistano vincoli di affetto scaturenti da una parentela relativamente vicina. È infine la contropartita dei numerosi compiti che preceden-

---

(1) *Gmür.* Commentario del C. C. S. - *Prof. Tuor* - Del diritto successorio, art. 466, pag. 96 ss.

Francesco Ricci. Corso teorico-pratico di diritto civile. Vol. III, Tit. I, Cap. VII, pag. 135 ss.

temente gravavano la famiglia e che lo Stato si è assunto, come la tutela, l'assistenza, l'educazione, ecc.

Ora se si ritiene che la legge nazionale del defunto è competente a decidere chi debba venir chiamato a succedere, bisogna riconoscere che questa legge è da osservarsi anche quando designa come successibile lo Stato di cui il *decujus* era cittadino. E poichè lo Stato nazionale partecipa alla successione a titolo privato, sono esagerate ed infondate le apprensioni di ordine politico di coloro che combattono questa possibilità come un pericolo per l'ordine pubblico.

II. Le successioni testamentarie.

Per quanto concerne le successioni testamentarie giova osservare che anche qui fa stato innanzitutto la legge nazionale del disponente.

Ciò vale in primo luogo nei confronti della capacità di testare la quale costituisce la prima e più importante condizione per la validità di una disposizione di ultima volontà. Così pure toccherà alla legge nazionale del disponente di stabilire quali disposizioni potranno trovar posto nel testamento e quali altre, invece, ne dovranno essere escluse. La stessa legge nazionale determinerà poi entro quali limiti il testatore potrà derogare dalla successione *ab intestato*; con altre parole, essa fisserà la quota disponibile del testatore e la legittima per ogni erede. La determinazione della legge competente non è senza importanza, specie su questo punto, e ciò in considerazione del fatto che le disposizioni dei due codici sono, *quo* alla legittima, alquanto divergenti. Infatti mentre il Codice civile svizzero stabilisce un diritto alla porzione legittima oltre che per il coniuge superstite, anche per i discendenti, i genitori, i fratelli e le sorelle, quello italiano la limita al coniuge, ai discendenti ed ai genitori, od, in caso di premorienza di questi ultimi, ai loro ascendenti.

Quota disponibile e porzione legittima differiscono nelle due legislazioni sia quantitativamenie che qualitativamente.

Quantitativamente perchè, mentre secondo il Codice civile svizzero, i discendenti hanno diritto ai tre quarti di quanto sarebbe loro pertoccato se il *decujus* fosse morto *ab intestato*, i genitori alla metà ed i fratelli o sorelle al quarto sempre della quota che sarebbe loro stata attribuita per legge; secondo quello italiano invece, il testatore che lascia figli o discendenti non potrà disporre che della metà dei propri beni e se, invece dei discendenti, gli sopravvivono soltanto gli ascendenti, egli avrà diritto di disporre dei due terzi della sua sostanza. La porzione legittima dei genitori oppure, in loro mancanza, degli altri ascendenti corrisponde ad un terzo della eredità (art. 471 C. C. S. e art. 805 e 807 C. C. I.). Quantitativamente e qualitativamente nei confronti del coniuge superstite, il quale, secondo la legislazione svizzera, ha diritto ad una porzione legittima corrispondente, se solo, alla metà della successione, se in concorrenza con altri eredi, alla quota che gli sarebbe pertoccata *in proprietà*; secondo quella italiana invece dovrà accontentarsi del semplice *usufrutto*, usufrutto che differisce a seconda degli altri eredi chiamati a succedere col coniuge superstite e cioè: se al *decujus* sopravvivono discendenti, il coniuge non potrà venire privato dell'usufrutto di quella parte di sostanza uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima; se sopravvivono soltanto gli ascendenti, l'usufrutto dovrà abbracciare almeno un quarto della sostanza e si estenderà fino ad un terzo in tutti gli altri casi (art. 471/4 C. C. S. e art. 812, 813 e 814 C. C. I).

Come nelle successioni *ab intestato*, così anche in quelle testamentarie è perfettamente lecito ed ammissibile che invece di una persona fisica venga chiamato a succedere uno Stato e ciò tanto per quello che riguarda i beni mobili quanto per gli immobili. Lo stesso dicasi per tutti gli altri enti collettivi di diritto pubblico, quali ad esempio il comune, la provincia, il cantone. Non potrebbe quindi in nessun caso essere contestata la capacità di succedere in Italia da parte di un comune o di un cantone confederati, così come la provincia ed il comune italiani possono essere istituiti per testamento

come eredi di un disponente italiano anche relativamente ai beni immobili situati in Isvizzera.

La legge nazionale del disponente regolerà infine anche la questione di sapere se è possibile ed ammissibile la stipulazione di un contratto successorio ed, in caso affermativo, a quali condizioni. Ora è utile sapere che, contrariamente al Codice civile svizzero il quale ha fatto posto nelle sue disposizioni anche al contratto prefato, la legislazione italiana non l'ha accettato, ritenendo che il testamento congiuntivo costituisce una limitazione della rievocabilità delle disposizioni di ultima volontà ed anche, in una certa misura, una menomazione della libera volontà del disponente, che dovrebbero essere le premesse essenziali di ogni atto *mortis causa*. Questa sostanziale divergenza delle due legislazioni in materia di contratti successori fa naturalmente nascere il dubbio che l'applicazione di un contratto successorio nei confronti di eredi regnicoli possa, in Italia, venir considerata come contraria all'ordine pubblico e conseguentemente privata della protezione della legge.

Abbiamo visto così le norme che regolano il contenuto delle disposizioni di ultima volontà. *Quid* della loro forma?

L'art. 17 del trattato è silente al riguardo. Come in tutti gli altri casi analoghi dobbiamo quindi far ricorso ai principi generali di diritto internazionale privato. Questi ultimi si pronunciano in genere in favore della regola « *locus regit actum* » integrata sovente dalla legge nazionale del disponente.

Così, ad esempio, l'art. 9 delle disposizioni preliminari del Codice civile italiano, il quale dispone che « *le forme estrinseche degli atti tra vivi o di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono stati fatti. È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti* ».

Ed il diritto internazionale svizzero va ancora più oltre. Nell'art. 24 della legge federale sui domiciliati e dimoranti, esso stabilisce che il testamento deve essere conforme o alla legge del luogo dell'erezione od a quella nazionale del *decujus*,

sia al momento dell'estensione dell'atto oppure a quello della morte, oppure alla legge del domicilio del disponente in uno dei momenti citati.

III. L'apertura della successione.

Nuovo silenzio del trattato e, conseguentemente, divergenza d'opinione fra i giuristi, alcuni dei quali opinano che, non parlando dell'apertura della successione, il trattato abbia voluto escluderla dalle sue disposizioni e rimandarla al foro ordinario; altri, invece, sono d'avviso che anch'essa sia stata regolata coll'art. 17, il quale avrebbe così per oggetto il trattamento sia materiale che formale della successione.

È quindi compito esclusivo dei tribunali d'interpretare il silenzio di cui sopra e di stabilire inoltre se l'interiezione del primo allinea dell'articolo in questione, così concepita: « *le autorità cui incombe, giusta le leggi del loro paese, la cura dell'eredità, ecc.* », intende statuire l'obbligo per le dette autorità locali di curarsi del trattamento formale dell'eredità, di procedere a tutto il necessario per l'amministrazione della successione; oppure s'esso non abbia esclusivamente lo scopo di indicare gli organi chiamati nei casi specifici a darne avviso alla legislazione o al funzionario consolare dell'altro paese contraente.

In Italia si è piuttosto favorevoli a quest'ultima teoria e le esperienze giornaliere della legazione svizzera a Roma confermano a sufficienza che le autorità italiane non intervengono quasi mai e che, una volta invitate, si limitano allo stretto necessario e sono disposte volontieri ad abbandonare ai Consoli svizzeri la cura per il mantenimento e la gestione dell'eredità. Un'esame dei casi pratici verificatisi non ci permette però di concludere all'esistenza di norme precise riguardo alla condotta delle autorità italiane, se si fa eccezione dal pensiero direttivo che è quello di disinteressarsi e di sgravarsi il più possibile della cosa.

Ben diversa invece è la pratica della dottrina e della giurisprudenza svizzera. Esse sono in modo costante ed uniforme propense a dichiararsi competenti per il trattamento formale della successione di italiani morti domiciliati nel territorio della Confederazione. Così il Dipartimento di Giustizia e Polizia ha a più riprese affermato che l'apertura della successione non è menzionata nell'art. 17 e deve quindi essere retta dal diritto comune, vale a dire è di competenza delle autorità del domicilio del defunto. Interpellato sulla sua opinione, esso ha risposto quanto segue: « *Non si trova nello art. 17|III della convenzione regola alcuna concernente la questione di sapere dove la successione dev'essere aperta, quali autorità sono competenti per trattare formalmente la stessa (nel senso della sentenza del Tribunale Federale XXXII I 497 in opposizione alle controversie successorali), a quale legislazione la amministrazione della successione è sottomessa ecc. Come l'art. 17 non dispone alcunchè sui punti indicati, ciascuno dei due Stati ha il diritto d'applicare in loro confronto le disposizioni di diritto internazionale privato contènute nella propria legislazione. Conformemente all'art. 32 in collegamento coll'art. 23 della legge federale sui rapporti di diritto civile dei cittadini stabiliti od in soggiorno, la successione d'uno straniero che ha avuto il suo ultimo domicilio in Isvizzera s'apre per la totalità dei beni che la compongono all'ultimo domicilio del defunto. Questo stesso punto di vista noi abbiamo propugnato in confronto della legazione d'Italia in un affare Conedera nel 1917. Il caso Conedera è stato liquidato in questo senso che l'autorità svizzera competente ha proceduto all'ultimo domicilio del defunto italiano a una intimazione agli eredi secondo l'art. 555 del C. C. S. D'altronde l'affermazione che le autorità svizzere dell'ultimo domicilio sono competenti per* « trattare formalmente la successione » *nel senso della precitata sentenza del Tribunale Federale, corrisponde allo art. 3 della convenzione fra la Svizzera e l'Italia del 22 luglio 1868 che dice:* Gli eredi e i rappresentanti potranno succedere e prendere possesso di questa proprietà sia per atto loro proprio, sia mediante incaricati agenti in loro nome e ineren-

temente alle ordinarie formalità di legge, come fanno i cittadini del paese. In assenza degli eredi o dei rappresentanti, la proprietà sarà trattata ugualmente come lo sarebbe in consimili circostanze quella di un cittadino del paese .... »

Il Tribunale Federale non ha finora dovuto pronunciarsi in materia. Ma gli argomenti da esso addotti in un caso che presenta qualche analogia col nostro, inducono a credere che la sua opinione non debba differire gran che da quella del Dipartimento citato. Anzi, per essere più precisi, bisogna riconoscere che il Dipartimento di Giustizia e Polizia ha fondato il suo modo di vedere appunto sull'argomentazione della Alta Corte. È vero che la sentenza del 20 settembre 1906 (1) di cui dobbiamo occuparci concerne un conflitto di carattere intercantonale ed è di dominio del diritto comune, mentre noi ci occupiamo esclusivamente di diritto internazionale prescritto da una convenzione. Ma la similitudine esistente fra il diritto intercantonale svizzero ed il rispettivo diritto internazionale, similitudine che, come abbiamo avuto campo di notare in un capitolo precedente, è prescritta dalla legge stessa, di più il silenzio del trattato riguardo all'apertura della successione, silenzio che rinvia quindi al diritto comune, ovverossia agli art. 23 e 32 della legge federale sui rapporti di diritto civile del 1891, ci permettono di addurla come relativa alla nostra questione e di considerarla come l'opinione definitiva del Tribunale Federale in materia. Ne trascriviamo una parte, ricordando che la disposizione dell'art. 22/II di detta legge presenta una certa analogia col diritto del paese d'origine prescritto dalla convenzione italo-svizzera.

« *Ci sembra che il ricorrente abbia nel suo ricorso trascurato che l'art. 23 della legge federale prescrive l'apertura della successione, sempre e per tutti i beni che la compongono, all'ultimo domicilio del defunto. La disposizione vale anche per il caso in cui il* decujus *ha, grazie all'art. 22/II, sottoposto la sua eredità al proprio diritto nazionale. Anche in questo caso le*

(1) Raccolta off. XXXII I pag. 489 e seg., particolarmente pag. 497.

autorità dell'ultimo domicilio sono chiamate a partecipare alla apertura della successione ed hanno il diritto, per ciò che concerne la portata della loro attività ed il procedimento da seguire, dopo le spiegazioni a nota 4, di applicare unicamente il diritto del proprio Cantone. Se poi ci si domanda cosa debba comprendersi sotto l' « apertura della successione », *nel senso dell'art. 23 e quali funzioni essa comprenda, si avverte che non si pensava solamente alle prime misure conservative, dopo la morte dello ereditando, le quali hanno per oggetto di conservare lo stato attuale e che già per loro natura possono essere esclusivamente esperite dall'autorità del domicilio. Molto di più, non contrasta in modo alcuno coi modi di dire comuni e giuridici il comprendere sotto* « l'apertura della successione », *in un senso un po' più largo, il complesso dei provvedimenti che hanno per iscopo la assicurazione dell'eredità e della sua devoluzione, vale a dire il completo trattamento formale della successione, l'estensione dell'inventario, l'apposizione dei sigilli, il procedimento per lo accertamento degli eredi, l'amministrazione provvisoria e la liquidazione della eredità.*

E che la legge federale debba venire in simile modo interpretata, procede poi dalle osservazioni seguenti: La legge federale si poggia, per ciò che riguarda il regolamento dei rapporti intercantonali di diritto civile e specialmente per il diritto ereditario, sul principio del domicilio. L'art. 22|II contiene all'incontro una concessione in favore del principio nazionale, la quale, come disposizione di carattere eccezionale, dev'essere interpratata piuttosto restrittivamente; mentre l'art. 23, contenente il principio generale della legge sull'apertura della successione, può essere senza timore interpretato in un senso un po' più largo. Già per questo motivo non si sarà facilmente propensi a considerare la successione dell'art. 22|II, che il testatore ha diritto di sottoporre al proprio diritto nazionale, anche nel senso del trattamento formale della successione secondo l'art. 23.

Mentre poi la facoltà accordata al testatore di sottoporre la propria eredità al diritto materiale del Cantone d'origine trova la sua ragione nelle profonde differenze esistenti fra i diritti

ereditari cantonali; un equivalente interesse del testatore che anche il trattamento formale della successione, contrariamente al principio del domicilio generalmente applicabile, avvenga secondo il diritto del Cantone d'origine, non è più comprensibile ....

.... Inoltre bisogna osservare che, secondo l'art. 23, anche se si interpretassero i termini « apertura della successione *» in modo più restrittivo, così ch'esso comprenderebbe esclusivamente la fissazione e l'assicurazione dell'eredità e non più la liquidazione della stessa, una parte essenziale del trattamento formale della successione verrebbe in ogni caso regolata dal Cantone del domicilio e che non può ammettersi che la legge federale abbia voluto introdurre a questo punto una divisione della competenza, un trapasso in un determinato momento del trattamento formale della successione al Cantone d'origine; tanto più che un simile procedimento, non provocato da interessi urgenti, comporterebbe importanti preoccupazioni pratiche e sarebbe sovente, a causa della mancanza di uniformità delle rispettive norme cantonali, perfino inapplicabile ».*

Aggiungiamo inoltre che queste misure in favore della conservazione, della gestione e della liquidazione d'una eredità non possono essere prese dal giudice nazionale del defunto, perchè questi non ne è nè materialmente, nè formalmente in condizione. Di più, i considerandi fatti valere a suo tempo dal governo basilese ci suggeriscono che bisogna lasciare alle autorità locali la cura della conservazione e della liquidazione di una eredità, se si vuol evitare di largire alle autorità straniere occasioni eccessive di ingerirsi in rapporti esistenti su territorio svizzero.

Le misure conservative non cadono quindi sotto l'impero dell'art. 17. Oltre a derivarlo *a fortiori* da quanto abbiamo esposto, vale a dire, in primo luogo, dall'assenza di stipulazioni contrarie al principio che la sola autorità competente a vegliare sulle misure in questione è quella del luogo dove apresi la successione, ciò può essere pure dedotto dal fatto che le misure conservative, non pregiudicando niente, non potrebbero essere considerate come delle azioni rientranti

nella competenza riconosciuta per la sostanza del diritto. Di più, l'urgenza che le accompagna quasi sempre, il rispetto delle formalità e dei diritti locali esigono che queste misure vengano intraprese da autorità vicine e si andrebbe certamente contro il loro scopo, se si obbligassero gli interessati a rivolgersi ad una autorità lontana.

Naturalmente le autorità del luogo della morte o della situazione dei beni sono libere di accettare il concorso degli agenti diplomatici dell'altro paese. Abbiamo visto che in pratica questa collaborazione esiste non solo, ma che le autorità italiane abbandonano volontieri tutto nelle mani della nostra legazione e dei consolati da essa dipendenti. Ciò indica però semplicemente una situazione di fatto, ma non ha alcun fondamento in diritto.

I consoli non hanno per mezzo dell'art. 17 nessun diritto da vantare, ma solamente un dovere da compiere: quello di portare a conoscenza degli interessati gli annunci che lor vengono fatti dall'autorità locale. La loro attività si svolge entro limiti di doppia natura. Da una parte i limiti imposti dal paese che rappresentano (1), dall'altra quelli previsti dalla nazione ospitante. Regolarmente quest'ultima non ha interesse alcuno di limitare la loro attività. I consoli dal canto loro però faranno opera lodevole nel non intralciare, in seguito ad eccessivo zelo, misure delle autorità locali dirette al medesimo scopo della conservazione dell'eredità (2).

Una circostanza deplorevole esiste però e coopera ad impedire la speditezza della soluzione delle questioni che vengono a sorgere. Essa consiste nel fatto, sovente verificatosi in pratica e confermato ultimamente anche dal Ministero di Giustizia del Regno, che le autorità italiane esitano a consegnare gli oggetti della successione ai consolati svizzeri fin

---

(1) Per i consoli svizzeri cfr. art. 60 del regolamento consolare del 1924. Giacometti "das öffentliche Recht der Schweiz„ pag. 1137.

(2) *Hohl.* Op. cit., pag. 126|127.

quando questi ultimi non sono in possesso d'una regolare procura emanante dagli eredi (1).

Ci sembra quindi di grande profitto, di cercare una soluzione che largisca alle autorità consolari svizzere la possibilità di salvaguardare d'ufficio gli interessi di eredi assenti oppure quelli degli stessi testatori e di pretendere a tal uopo la protezione delle autorità locali competenti. Questo scopo potrebbe venir raggiunto se si obbligassero le autorità italiane, in tutti i casi in cui uno svizzero muore in Italia senza lasciarvi eredi diretti, ad avvisarne immediatamente i consoli e se si procurasse a questi ultimi la possibilità di intraprendere, nell'assenza degli eredi, presso le autorità locali, tutte quelle pratiche che lor sembrano opportune per proteggere i diritti degli assenti. Reputiamo uno scambio di note miranti a questo fine non completamente inutile.

(1) Dagli atti della Legazione svizzera a Roma. "D. D. aus Schleins. Hatte bei der Bank Nast Kolb Wertschriften deponiert. Diese war unter sindacato. Die Gesandtschaft verlangte die Auslieferung derselben. Der sindaco holte die Ansicht des Justizministeriums ein und erklärte die Auslieferung nur bewilligen zu können gegen Vorlage einer ausdrücklichen Bevollmächtigung hiezu seitens der rechtsmässigen Erben. Dies geschah „.

CONCLUSIONE

Siamo giunti così al termine del nostro lavoro sul cui valore non ci facciamo eccessive illusioni. È lungi da noi la immodesta pretesa d'aver indicato nuove vie sia alla scienza del diritto internazionale privato in genere, sia a quello svizzero in particolare.

Ci siamo semplicemente limitati ad analizzare un po' da vicino, particolarmente da un punto di vista svizzero, l'ordinamento delle successioni nei rapporti fra la Confederazione Elvetica ed il Regno d'Italia.

Nessun autore si era finora dedicato, per quanto è a nostra conoscenza, ad un simile lavoro e, mentre le relazioni con la Germania sono state l'oggetto di un'ottima analisi da parte di E. Möhlich, mentre i rapporti colla Francia hanno ormai fatto scorrere dei veri fiumi di inchiostro, il Trattato consolare e di domicilio fra la Svizzera e l'Italia nonchè il suo articolo 17 inerente alle successioni, sono passati pressochè inosservati e son pochi gli autori che han dedicato loro un cenno sia pure rapido e sommario.

Convinti come siamo che i rapporti fra la Confederazione Svizzera ed il Regno d'Italia non sono meno importanti di quelli con le nazioni citate, abbiamo voluto dotare la nostra letteratura d'uno studio che, sebbene modestamente, di questi rapporti si occupasse e lor dedicasse un utile commento.

Stimolo a questa nostra decisione è stato, oltre alla ferma volontà di dedicare l'opera nostra a problemi aventi un'importanza pratica, piuttosto che non riservarla a rompicapi teorici senza riflesso nella vita: una spiccata predilezione per

i problemi di diritto internazionale privato, il cui campo di azione s'estende a vista d'occhio, sì da giustificare pienamente la profezia ch'esso sarà il diritto di domani.

Ma più d'ogni altra ragione è una considerazione di ordine sentimentale che ci ha guidati nella scelta del nostro tema: abbiamo voluto con essa dare una prova del nostro amore, d'amore per la terra che ci ha dato i natali e cui ci legano vincoli profondi d'affetto e di riconoscenza, d'amore ancora per quell'altro paese cui andiam debitori di gran parte della nostra storia, del nostro idioma e della nostra fede. Questa predilezione appunto, che è gran parte di noi, abbiam creduto di poter estrinsecare nel contribuire a facilitare le relazioni fra questi due paesi; nel suggerire, nel limite delle nostre forze, il modo di eliminare qualche piccolo attrito che potesse sorgere fra le due legislazioni nel regolamento di una eredità; nell'accendere in altri, di noi ben più capaci, interesse per una questione tanto importante e per altre simili ancor oggi completamente trascurate.

Non ci nascondiamo pertanto l'insufficienza del nostro lavoro e siamo perfettamente consapevoli della sua pochezza.

La materia è sovente troppo complessa perchè si possa ardire di affrontarla con spirito innovatore: ci siamo così limitati a passare in rassegna le più importanti questioni che l'applicazione dell'art. 17 solleva, abbiamo inoltre proposto, poggiandoci sulla copiosa letteratura esistente in confronto della Francia, le soluzioni che ci sono apparse le più giustificate e non abbiamo infine potuto nè voluto venir meno al dovere ed al piacere della critica. Ci siamo infine permessi di intercalare qua e là qualche idea personale che ci è sembrata meritevole di considerazione.

Ciò nondimeno, confidiamo di aver contribuito, sia pur infelicemente, a colmare una delle tante lacune che ancora sussistono nell'ambito del diritto internazionale privato. Il giurista, ma particolarmente il laico, per natura non troppo propenso a compulsare opere complesse, vi troverà un'esposizione sintetica delle difficoltà che l'articolo, apparentemente

così semplice, può far nascere nella sua applicazione. Egli vi troverà inoltre enunciati e messi in rilievo i principi cui questo articolo s'informa, ne vedrà sottolineati i vantaggi e primo fra questi quello consistente nell'unità della successione, veramente encomiabile se si tien conto dell'epoca lontana in cui il trattato venne alla luce; nè gli saranno taciute le pecche numerose consistenti in gran parte nella mancanza di precisione dei termini, nella non eccessiva chiarezza e nella penosa impressione che allo studio dell'oggetto non siano stati largiti tutto l'impegno e tutta la cura ch'esso meritava.

Possano certi rilievi servire di monito per l'avvenire.

E giacchè siamo giunti al termine del nostro lavoro, ci si permetta di rilevare a mo' di conclusione come, tutto sommato, non riteniamo per intanto necessaria la modifica della nostra disposizione. Se ciò nondimeno, per ragioni indipendenti dall'ordinamento delle successioni, una nuova convenzione dovesse venir conchiusa fra i due paesi, noi reputiamo che il nostro oggetto debba venir regolato dagli stessi principi direttivi ai quali s'informa la convenzione odierna. L'occasione sarebbe naturalmente propizia per eliminare la imprecisione dell'articolo attuale.

Per ora limitiamoci ad esprimere la nostra fiducia che il presente lavoro faccia nascere in qualcuno dei nostri benevoli lettori il desiderio di studiare più da vicino la nostra questione e questa fiducia ci basta per ripagarci dalle nostre fatiche e per convincerci di non aver fatto opera vana.

BIBLIOGRAFIA

Audinet Le traité franco-suisse du 15 juin 1869.

Aujay Etudes sur le traité franco-suisse du 15 juin 1869. Tesi Parigi 1903.

Von Bar Das internationale Privatrecht.

Bartin E. Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française.

Bader Kommentar des Z. G. B.

Blank Kommentar zum B. G. B.

Boissonas Les successions et la convention franco-suisse du 15 juin 1869. Tesi Ginevra 1912.

Brocher Commentaire du traité franco-suisse de 1869.

Buzzati Il rinvio.

Châtenay Les successions en droit franco-suisse. Tesi Losanna 1922.

Curti Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich.

Diena G. Principi di diritto internazionale - II. ed.

Fiore Il diritto internazionale privato.
Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica.
Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi.

Fusinato Il principio della scienza italiana nel diritto privato internazionale.

Frankenstein Internationales Privatrecht.

Hohl Die erbrechtlichen Bestimmungen des Staatsvertrages der Schweiz mit Frankreich. Tesi Berna 1918.

Huber Beiträge zum schweiz. internationalen Personen-Familien-und Erbrecht. Tesi Zurigo 1927.

Lainé Introduction au droit international privé.
Meili Das internationale Zivil-und Handelsrecht. Internationales Zivilprogressrecht.
Möhlich Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz. Tesi Zurigo 1913.
Pécard Les successions dans le traité franco-suisse du 15 juin 1869. Tesi Parigi 1913.
Piller La condition juridique des suisses à l'étranger d'après le droit civil suisse. Tesi Friborgo 1918.
Reichel Kommentar zum Schlusstitel des Z. G. B.
Ricci F. Corso teorico-pratico di diritto civile.
Roguin Les conflits des lois.
Essai sur la succession en droit international privé. Tesi Losanna 1874.
De Ruggiero Istituzioni di diritto civile.
Sauser Hall La nationalité en droit suisse.
Simond Les étrangers domiciliés en Suisse.
Savigny Systhem des heutigen römischen Rechtes.
Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter.
Surville et Arthuys Droit international privé.
Tuor Kommentar zum Erbrecht.
Weiss Traité élementaire de droit international privé.

Archivio Federale - Gli atti relativi al trattato del 1868.
Gazzetta Officiale della Camera dei Deputati.
Foglio Officiale Svizzero.
Rapporti del Consiglio Federale, della Commissione del Consiglio degli Stati ecc.
Repertorio di giurisprudenza patria.
Raccolta officiale delle sentenze del Tribunale Federale.
Il Digesto Italiano - Vol. XXII, parte IV - Voce: Successione (Diritto internazionale).
Zeitschrift für schweiz. Recht.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Bulletin de la Société de législation comparée.

INDICE

TITOLO I

LE SUCCESSIONI NELLA STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Cap. 1. - *In genere* . . . . . pag. 5
» 2. - *In Isvizzera* . . . . . » 15
I. Diritto intercantonale . . . . . » 15
II. Diritto internazionale . . . . . » 18

TITOLO II

LE SUCCESSIONI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE SVIZZERO ODIERNO

Cap. 1. - *Le successioni nel diritto intercantonale* . . pag. 22
» 2. - *Le successioni degli svizzeri all'estero* . . » 28
» 3. - *Le successioni degli stranieri in Isvizzera* . » 33
» 4. - *Le successioni nelle convenzioni internazionali conchiuse dalla Svizzera* . . . . . » 37
I. Trattato cogli Stati Uniti d'America . . » 37
II. Trattato col Granducato di Baden . . » 37
III. Trattato con l'Italia . . . . . » 38
IV. Trattato con la Francia . . . . . » 39

TITOLO III

LE SUCCESSIONI NEI RAPPORTI ITALO-SVIZZERI

Cap. 1. - *Il trattato di domicilio e consolare del 22 luglio 1868* . . . . . pag. 43

» 2. - *Gli effetti del trattato consolare e di domicilio riguardo alle successioni* . . . » 54

I. Della capacità di disporre e di succedere » 54

II. Legislazione applicabile e competenza giudiziaria . . . . . » 55

III. L'unità della successione . . . . . » 59

IV. La legge nazionale del decujus . . . » 62

» 3. - *Condizioni per l'applicazione del trattato* » 67

I. La cittadinanza del decujus . . . . . » 67

II. Il domicilio del decujus . . . . . » 71

III. Il carattere di controversia delle successioni » 91

IV. Il carattere successorio delle contestazioni » 96

» 4. - *Il trattato e la sua pratica applicazione* . » 101

I. Successioni intestate . . . . . » 101

II. Successioni testamentarie . . . . . » 108

III. L'apertura della successione . . . . » 111

Conclusione . . . . . » 119

Bibliografia . . . . . » 123